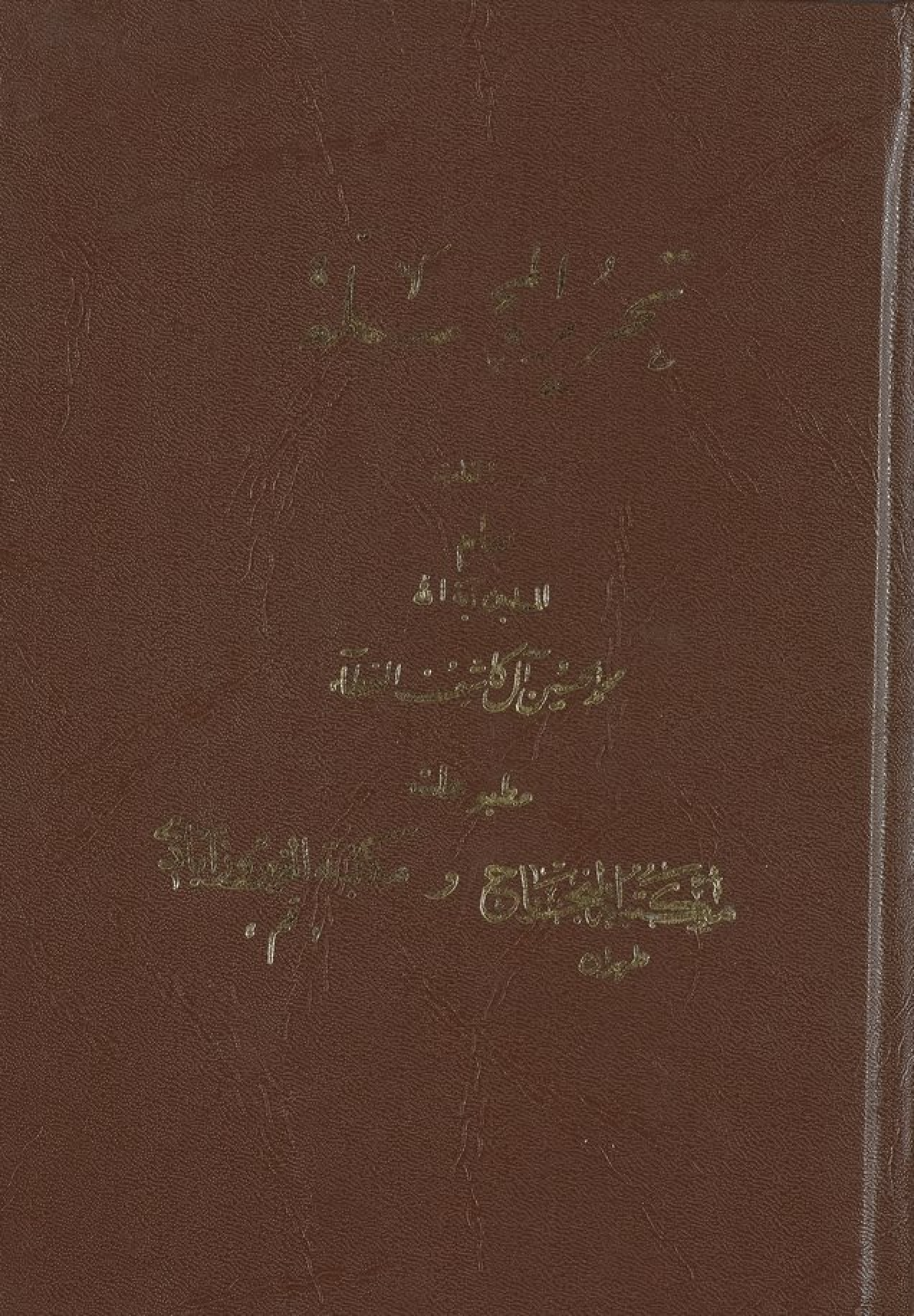
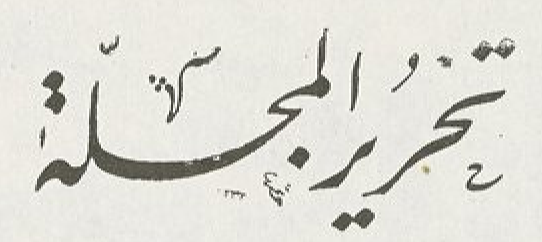


تحرير المجلة
محمد حسين آل كاشف الغطاء
مكتبة النجاح طهران
و
مكتبة الفيروزآبادي قم

M. Āl Kashif al-Ghiṭā'



تأليف

امام المسلمين آية الله

محمد الحسين آل كاشف الغطاء

دامت بركاته

مطبوعات

مكتبة النجاح و مكتبة الفيروزآبادي

طهران ، قم ،

المكتبة المرتضوية ومطبعتها الحيدرية

النجف الأشرف العراق

في سنة ١٣٥٩

المجلد الأول

تصدير

طلبت من الأخ الشيخ شريف نجل الامام المؤلف عام ١٣٩٠ هـ ان نقوم برغبة منه باعادة طبع كتاب «الدين والاسلام» مع الجزئين الثالث والرابع منه فقال ان هذين الجزئين لم يخرجا من المسودة ولكن لا مانع لدينا من ان نقوم باعادة طبع «تحرير المجلة»

وبناءً على ذلك ووفاءً بالعهد قمنا الآن بطبعه بحلة قشيبة تناسب مع مكانة الكتاب والمؤلف رحمه الله تعالى.

والكتاب من ألمع ما يستبان منه عبقرية الامام المؤلف في الوقت الذي يسد فراغاً هائلاً في عالم الفقه والقانون المقارن.

وقد ناقش قواعد العامة التي بنت عليها المذهب الحنفي مناقشة علمية بحث فيها عن حجيتها واعتبارها ومدى امكان الأخذ بها او سقوط بعضها عن الاعتبار والحجية جملةً وتفصيلاً.

وقد حرر تلك القواعد - وفيها ما أثر عن الرسول (ص) من القواعد الفقهية - عما احتوى عليه من الحشو والزوائد وما لا طائل تحته وما لم يأخذ به الفقهاء والمجتهدون في مقام الفتيا والاستنباط.

والمجلة في حد ذاتها من أعظم المصادر الفقهية والقانونية الذي يأخذ بها القضاة وفقهاء القانون والباحثون في هذا الحقل من الاختصاص

وقد اخرجنا الكتاب بالاوفست مكبراً في مجلدين ضخمين ومن الله نستمد العون والتوفيق م

السيد مرتضى الرضوي

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الكتاب

احمدك اللهم واشكرك ، واستعين بك مصليا على نبيك واله وصحبه الكرام ، وبعد ، فقد تكرر علي الطلب من بعض الشباب المهذب من طلاب الحقوق ان اكتب وجيزا في الأحوال الشخصية و المعاملات المالية على طريقة فقه الامامية

ولما كانت (مجلة العدلية) اومجلة الأحكام هي الكتاب المقرر تدريسه في معاهد الحقوق من زمن الأتراك الى اليوم نظرت فيه فوجدته مع حسن ترتيبه وتبويبه ، وغزارة مادته محتاجا الى التنقيح والتحرير ، والاشارة الى مافيه من الزيادة والتكرير ، وبيان مدارك بعض القواعد والفروع وذكر مبانيها حسب الفن من الادلة والاصول ، والكتاب المزبور على مايظهر من اسلوبه ويغلب عليه انه كتاب فقه لاتدوين قانون اوانه (فقه قانوني : اوقانون فقه) وعلى كل ، فقد امليت هذه الخواطر وجعلتها كتحرير لذلك الكتاب

والغرض المهم من ذلك . (امران) . (الأول) الشرح والتعليق عليه وحل بعض معقداته ومشكلاته و [الثاني] بيان ماينطبق منها على

مذهب الامامية وما يفترق، وعسى في طي ذلك تستبين الموزن بين فقه سائر المذاهب الاسلامية وفقه المذهب الجعفري وما فيه من غزارة المادة وسعة الينبوع، وكثرة الفروع، وقوة المدارك ورصانة المباني، وسمو المعاني، ومطابقة العقل والعرف في الاكثر، ومع بعد النظر، على اننا لانبخس حق القوم، ولكل وجهة هو موليها. وكلا وعد الله الحسنى وكل واحد من اعلام فقهاء الاسلام قد استفرغ وسعه وجد واجتهد ﴿وسعى وكل سعيه مشكور﴾

ونسئله تعالى ان يجعل مساعينا خالصة لوجهه الكريم، وان يلهمنا الحق ويصون اقلامنا واقدامنا من خطوات الخطأ وعثرات الخطايا، ويجعله مؤلفاً نافعاً، واثرا خالداً

واقصى ما ارجوه من المطالعين الافاضل والشباب المهذب ان يتجردوا عند النظر فيه من بعض العواطف لنا ام علينا حتى ينظروا الى الاشياء كما هي ويعطوها حقها بمعيار العدل والانصاف من دون اسراف ولا اجحاف

اللهم انت وليي في الدنيا والآخرة توفني مسلماً والحقني بالصالحين

وقد جرت عادة المؤلفين في الغالب ان يذكروا امام المقصود مقدمة تشتمل على امور تفيد مزيد بصيرة فى العلم والكتاب ونحن بتوفيقه تعالى نذكر من باب المقدمة اموراً لعلها تنفع فى الغرض انشاء الله

(الأول) اهم شيء يلزم معرفته باديء بدء . ان الله سبحانه لما تعلقت مشيئته بايجاد هذا النوع وهو المسمى بالبشر وقضت حكمته ان يعمر به هذه الكرة التي تسمى بالأرض ويمهد له فيها وسائل الرقي باختياره الى مدارج القدس ومعارج السعادة في اولاه واخراه لذلك اودع فيه غرائز واوضاع ، وفطره على سجايا وطباع ، قمينة له بالغرض الذي خلق من اجله — فجعل فيه الشهوة والغضب وما يتشعب منهما من الحرص والطمع والطموح والتعالي وما الى ذلك مما لسنا بصدد احصائه ، ولكن لما كان من لوازم تلك الشناشن التغالب والتكالب ، والتشاحن والتطاحن ، وسعي بعض في هلاك بعض وحب الاثرة والاثره ، وكان ارخاء العنان لتلك الغرائز وتركها على رسلها مما يعود بنقض الغرض من خلق الانسان — لاجرم احتاجت القوتان الى قوة اخرى تكبح طغيانها ، وتمسك عنانها ، وتعدل اوزانها ، فنفخ فيه من روحه ﴿ القوة العاقلة ﴾ لتكون هي المسيطرة على جماح تلك القوتين الجبارتين ، ولما كانت قوة العقل البشري نوعا محدوده ، وحظيرة ادراكاته ضيقة ، وكثيراً ماتكون في كثير من البشر ضعيفه ، وما اكثر ماتتغلب واحدة من تينك القوتين على القوة العاقلة فيصبح العقل اسير الهوى والعاطفة — فكان من الضروري في العناية الازلية منا صرة العقل بمساعد وقائد يرفده في

مهمتين (الاولى) تعريفه مالا يصل ادراكه اليه من مقادير الخير والشر ، ومقائيس السعادة والشقاء (الثانية) موازرته على عامليه ، اذا تمردا عليه ، وهما الشهوة والغضب — الهوى والعاطفة

فكان ذلك القائد والمساعد للعقل هم الأنبياء والرسل الذين جاؤا بالشرايع الآلهية واسباب سعادة البشر في الحياتين ، وكانت عناية الشريعة الاسلامية بالاخص من بين سائر الشرايع السماوية قد اهتمت اشد الاهتمام بسن القوانين والاحكام وحفظ هذه الحياة حتى جعلتها في كفة الحياة الاخرى بل ارجح منها فقالت (من لامعاش له لامعاد له) وقالت : ليس خيركم من ترك دنياه لآخرته ولا من ترك آخرته لدنياه بل خيركم من اخذ حظا من هذه وحظا من هذه ، واعمل لدنياك ... واعمل لآخرتك . . . وفوق ذلك كله قوله تعالى : وابتغ فيما آتاك الله الدار الآخرة ولا تنس نصيبك من الدنيا

وفاقت على الشريعتين قبلها فقالت : ورهبانيه ابتدعوها . ولا رهبانية في الاسلام ، وعلى الذين هادوا حرمنا كل ذي ظفر ، وما عتم اليتيم الامي صاحب الشريعة الاسلامية أن اصبح مؤسس شريعة ، ومشرع قوانين ، ومجدد دين ، ومحيي امة ، ومنفذ احكام ، وقاضي خصام ، ورافع رايات واعلام ، وقائد جيوش ، ومحطم عروش وامام محراب ، وشاهر حراب ، ومروج تجارة ، ومعلم زراعة وصناعة ، الى غير ذلك من مقومات الحياة المشتركه ، والمنافع المتكافئة ، والسعادة التي تنتظم الحياتين ، وتضمن الفوز في النشأتين

كل ذلك ليعرف البشر ارتباط هذه الحياة بالأخرى وان السعادة هناك من ههنا

ثم لما كان من قضاء الله الازلي وقدره المحتوم ان لاقرار لأحد في هذه الدار وانها جسر وقنطرة الى الدار الأخرى فمات الأنبياء وهلك الحكماء وغاب الأولياء والسفراء ، ولكن الله سبحانه حي لايموت ، وحكمته في خليقته لاتعطل ، ولما ازمع خاتم الأنبياء على الرحيل الى جوار ربه لم يترك امته سدى ، ولم يدع الخلائق هملا ، ولم تبطل بموته حجج الله وبيناته ، وبراهينه وآياته (ولله الحجة البالغة) بل ترك فيهم كتاب الله وسنته يستنبط منها العلماء احكام الوقايع المتجددة ، والقضايا الحادثة ،

وهؤلاء العلماء هم المجتهدون ، واذا كانوا من اهل الورع والصلاح وحصلت لهم ملكة الاستنباط واستفراغ الوسع في الاستخراج فهم ورثة الانبياء ومراجع الامة ، وخلفاء الائمة ، ومصابيح الهدى (وفي الحديث) (مجاري الامور بأيدي العلماء)

(ومدادهم افضل من دماء الشهداء)

ومن هنا نعرف ان الاجتهاد باب رحمة على العباد ، وما زال باب الاجتهاد مفتوحا عند الامامية من عهد صاحب الرسالة الى اليوم ولكن هذه القضية بيننا وبين اخواننا المسلمين من بقية المذاهب قد تورطت بين تفريط وافراط (فالامامية) فتحوا باب الاجتهاد على مصراعيه حتى ادى ذلك الى الفوضى المضرة وصار يدعيه ، حتى من لايصح ان

يطلق عليه اسم المتفقة فضلا عن الفقيه ، وبقية المسلمين قد سدوا باب الاجتهاد بتاتاً واقتصروا على المذاهب الاربعة ، وقد ضاع الاعتدال والوسط في هذه الناحية كما ضاع في غيرها ، ولاحول ولا قوة . .

(الثاني) ان مدار العقود والمعاملات على الاموال وليس للمال حقيقة عينية خارجية كسائر الاعيان تتمحض في المالية تمحض سائر الانواع في حقائقها النوعية ، وانما هو حقيقة اعتبارية ينتزعها العقلاء من الموجودات الخارجية التي تتقوم بها معايشهم وتسد بها حاجاتهم الضروريه والكمالية فمثلاً الحبوب والاطعمة مال لان البشر محتاج اليها في اقواته وحياته وهكذا كل ما كان مثل ذا من حاجات الملابس والمساكن ونحوها قد انتزع العقلاء منها معنى وصفيا عرضيا يعبر عنه بالمال وهو من المعقولات الثانويه باصطلاح الحكيم ، ولما كان مدنية الانسان لاتتم الا بالحياة المشتركة وهي تحتاج الى المقايضة والتبادل في الاعيان والمنافع وكان التقابض بتلك الاعيان وهي العروض مما لاينضبط ارادوا جعل معيار يرجع اليه في المعاملات ويكون هو المرجع الاعلى والوحدة القياسية فاختاروا الذهب والفضة وضربت سكة السلطان عليهما لمزيد الاعتبار في ان يكون عليهما المدار فمالية اما امر اعتباري محض لافرق بينهما وبين سائر المعادن وغيرها من حيث الذات والحقيقة ، ولذا في هذه العصور حاول بعض الدول قلب الاعتبار الى الورق ولكن مع الاعتماد عليهما

ومهما يكن الامر ، فان المال لما كانت حقيقته تقوم على الاعتبار فكما اعتبروا الاجناس الخارجيه مالا فكذلك اعتبروا ذمة الرجل العاقل

الرشيد مالا ولكن مع الالتزام والتعهد فاذا التزم لك الثقة الامين بمال في ذمته وثقت به وجعلته كمال في يدك اوصندوقك وكذا العقلاء يعتبرون ان لك مالا عنده اما من لاعهدة له ولا ذمة كالسفيه والمجنون والصغير بل والسفلة من الناس الذين لاقيمة لانفسهم عندهم الذي يعدك ويخلف ويحدثك فيكذب ، ويلتزم لك ولايفي بالتزامه فهؤلاء لاذمة لهم ولا شرف والتزامهم عند العقلاء هباء ولا يتكون من التزامهم عند العرف مال : فالمال اذاً نوعان خارجي عيني وهو النقود والعروض واعتباري فرضي ، وهو مافي الذمم اعني الالتزام والعهدة والالتزام تأثيره لا ينحصر بالمال بل يتمطى ويتسع حتى يحتضن جميع العقود بل وكافة الايقاعات : الا ترى ان البيع اذا صهره التمحيص لم تجد خلاصته الا تعهداً والتزاما بان يكون مالك المشتري عوض ماله الذي التزم انه لك فيترتب على هذا الالتزام مبادلة في المالين بانتقال مال كل واحد الى الآخر وتحقق النقل والانتقال كاثر لذالك الالتزام وهكذا الاجارة والجعالة بل والايقاع كالعتق والابراء بل والنكاح والطلاق كلها تعهدات والتزامات وابرام ونقض وحل وعقد تباني عقلاء البشر من جميع الامم والعناصر على اتباعها والعمل بها كقوانين لازمة . ودساتير حتمة . يسقط عن درجة الانسانية من لايلتزم بها في كل عرف ولغة ثم لما انبثق نور الاسلام بشريعته الغراء اكدت وابدت تلك الوضعية الحكيمة والقاعدة القويمة واقرت العرف على معاملاتهم والزمتهم بتعهداتهم والتزاماتهم . بعمومات (اوفوا بالعقود) (وتجارة عن تراض) ونظائرها الا

ماورد النهي عنه بالخصوص كبيع الربا و بيع الضرر وامثاله · فان اطلقت العقد لزمك الاحتفاظ بالتزامك ابداً وان جعلت لك خياراً اوجعـله الشارع لك جاز لك نقضه اذا شئت . وحيث عرفت ان العقود ليست سوى التزامات يستبين لك انها تحقيقاً ليست سوى نسب واضافات ضرورة ان الالتزام معنى يتقوم بملتزم وملتزم له وملزم به مثلا البايع والمشتري والبيع اي المعاوضه والمبادلة ومايقارب ذلك ومفاهيم هذه العناوين اعني بيع.معاوضة.مبادله.أيضا معاني نسبيه اضافية تتقوم بطرفين عوض ومعوض ثمن ومثمن . وهذان هما الركنان في عقود المعاوضات لا البايع والمشتري بخلافه في عقود المناكحـات فان الاركان هنـاك هو الزوج والزوجة لاالمهر وتوابعه اذاً فاركان العقد في الاموال مطلقا ثلاثة ـ الصيغة الدالة على الالتزام بالمعاملة والعوضان وهما الثمن والمثمن وفي الزواج ـ الصيغة . والزواج . والزوجة . و يعتبر في كل واحد من الاركان في المقامين شروط واوصاف لواختل واحد منها بطل العقد . اما لو اختل شرط في غير الاركان وكانت الاركان بشروطها حاصلة لم يبطل العقد و لكن يحدث فيه خيار تخلف الشرط . و ينقلب من اللزوم الى الجواز و يكشف ذلك عن وقوعه جائزاً · فالاصل فى الالتزامات اللزوم الا ان يجعل الشارع اوالمتعاقدان او احدهما فيه حق الفسخ فيكون جائزاً بالعرض او يكون بحسب اصل جعله عند العقلاء غير لازم و مبنياً على الجواز

واقصى مبالغ التحقيق ان المالك حين يخرج ماله عن ملكه تارة يقطع كل

علاقته منه و يجعل كل سلطانه له على المال لغيره واخرى يخرجه ويترك له ناحية من تلك السلطنة الواسعة وهي حق استرداده اوحق فسخ العقد الذي وقع عليه ويكون اثره رجوع المال الى مالكه الاول على اختلاف القولين او الاحتمالين في حقيقة الفسخ ، ثم ان بقاء هذه العلقة في المال تارة بجعله او جعل الشارع كما عرفت واخرى تكون من خصوصيات ذات العقد وذلك كما في العقود الجائزة بطباعها كالهبة والعارية والوديعة وامثالها واكثر ما يكون ذلك في العقود التبرعية فالهبة مثلا من طبيعتها الجواز الا ان يعرض عليها ما يوجب لزومها مثل كونها معوضة او لذى رحم عكس البيع الذي من طبيعته اللزوم الا ان يعرض عليه ما يوجب جوازه وكذا العارية من طبعها الجواز والرجوع بها متى شاء الا ان يلزمها الشرط كما ان من طبيعتها عدم الضمان الا ان تكون عارية ذهب او فضة

و هذه الخصوصيات والكيفيات اعتبرها الشارع وقيدبها تلك العقود العرفية وضبطها بتلك الحدود نظرا للصالح العام حسب علمه واحاطته فى الحقوق المشتركة والنظام الاتم

ونحن حيث نتكلم فى احكام العقود والمعاملات ننظرها من جهتين وجهتها العرفية ووجهتها الشرعية . فناخذ بالاعتبارات العرفية بوجه عام ثم نعقبه بالنظر في الادلة الشرعية وما لها من التصرف الخاص من منعها او اعتبار بعض القيود والخصوصيات فنتبعه ان كان والا فالعمومات تلزمنا بما عليه العرف العام في معاملاتهم وعسى ان يأتي شيء من شواهد ذلك انشاء الله

(الثالث) يعرف الفقه بانه معرفة الاحكام الشرعية الفرعية عن ادلتها التفصيلية : وهذا التعريف سواء كان سالما من النقد اوغير سالم فهو يعطى صوره اجمالية يتميز بها هذا العلم عن غيره من العلوم . والمراد بالمكلف هو البالغ العاقل القادر . والادلة هي القواعد الممهده لتحصيل معرفة الحكم الالهي الشرعى من الكتاب والسنة والاجماع و العقل والاحكام الشرعية هي ما بلغه الرسول عن الله من القضايا المتعلقة باعمال المكلفين وضعا او تكليفا . والاحكام التكليفية هي الخمسة المشهوره التي يجمعها الاقتضاء والتخيير والحكم الوضعي هو السبب والشرط والمقتضى والمانع والصحة والفساد والبطلان والعله التامة والاختلاف بين السبب والشرط و بينه و بين المقتضى بالاعتبار و على كل فالاحكام الشرعية هي التي شرعها سبحانه على لسان رسوله الظاهرى والباطنى لحفظ نظام الهيئة الاجتماعية للبشر وعلاقتهم به جل شانه اوعلاقة بعضهم ببعض

فهي اذاً لاتخلو اما ان تكون متعلقة بعمل يكون تمام الغرض منه صلة العبد بربه ونفسه. اوصلته بابناء جنسه. (الاول) هو العبادات كالصلوة واخواتها (والثاني) ما يكون اهم الغرض منه ضبط النواميس . واهمها ثلاثة . النفوس . والاعراض . والاموال . فما تعلق بالمال من حيث كسبه وتحصيله لايخلو اما أن يكون بقول او عمل . والاول اما ان يكون متقوما بطرفين او بطرف واحد . والاول وهو العقود اما ان يكون مقابلة مال بمال فهي عقود المعاوضات : واما ان يكون المال من طرف واحد فهي عقود الارتفاق والمجانيات كالهبة والصدقات وامثالها . اما الذي

يتقوم بطرف واحد فهو الاسقاط والابراء والتعهدات الابتدائية . اما مالا يحتاج الى القول من انوع الكسب فهو العمل وهو اما ان يكون اختياريا او قهريا . فالاول كالحيازة والاصطياد واحياء الموات وامثالها (والثاني) كالارث والوصية بناء على ما هو الأصح من عدم حاجتها الى القبول ومنه الوقف على البطون بل والزكوات والاخماس والنذور فان جميع هذه الانواع اسباب للملك القهري من غير قول ولا عمل

واما مايتعلق بالاعراض فهو النكاح الذي شرع لحفظ النسل وتكوين الاسر والعائلات الذي به عمارة الدنيا وحفظ النوع البشري ويتبعه انواع الفرقة والطلاق والظهار ونظايرها واما ما يتعلق بالنفوس فقد يكون فك نفس كالعتق واخواته وقد يكون تدارك نفس كالديات والقصاص والحدود . ولما كانت كل هذه الوسائل يستدعي المعاشره والمعاشرة قد تفضي الى المعاسرة وهي تفضي الى الخصومة لذلك جعل الشارع الحكومة والقضاء ليكون لها القول الفصل والقضاء الحاسم للخصومات

فهذه جملة ابواب الفقه الذي يبحث فيه عن كل واحد من تلك العناوين وعن احكامها وادلتها وفروعها وقد جمعها على الجملة في اربعة (عبادات) وهي ما يكون الغرض الاهم منها الطاعة والامتثال و النفع الاخروي و (معاملات) وهي ما يكون الغرض الاهم منها المال وتتوقف على طرفين و (ايقاعات) وهي نسب واضافات يكفي في تحقيقها طرف واحد و (احكام) وهي حدود وعقوبات

وكل ذلك تقريبات يقصد منها الاشارة الاجمالية وبيان الوسائل

و الغايات ونقول فى بيان اوسع واجمع ان الملحوظ في الفقه هوالنواميس المقدسة والشارع المقدس بحكمته الواسعة شرع العبادات تنويراً للقلوب وتربية للارواح . وتهذيباً للاخلاق ، واخذا بهذا النوع البشري من حضيض البهيمية الى كمال الانسانية والملكية ، وربط المعاملات بالعقود حفظا للوئام وضبطاً للنظام .

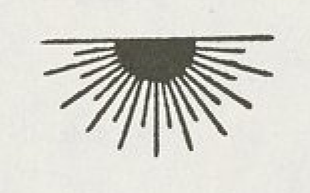
وجعل القصاص والديات احتفاظا بالنفوس ، وبالجهاد وقتل المرتد حفظ الدين . وبتحريم المسكرات وحد شاربها حفظ العقل ، وبتحريم الزنا واخويه الخبيثين حفظ الانساب . و بتحريم الغصب و السرقة وقطع يد السارق حفظ الاموال. و بتحريم الغيبة والبهتان والقذف والحد عليه حفظ الاعراض ، و بجعل منصب القضاء قطع التشاجر والخصومات

هذه فذلكة مهمات شريعة الدين الاسلامي واحكامه وفلسفة تشريعها وانموذج اسرارها فهل نجد دينا اوسع وا جمع وارصن واتقن من هذا (الرابع) من الامور ، ان جميع مدارك الاحكام وادلتها ترجع الى قواعد وقوانين عامة بها يستنبط الحكم من الكتاب و السنة وتابعيهما العقل و الاجماع . والادلة عندنا معشر الامامية تنحصر بهذه الاربعة . اما غيرنا من فقهاء الاسلام فقد يدخلون الظن و القياس والاستحسان مما ورد المنع الشديد في اخبار أئمتنا سلام الله عليهم عن الميل اليه فضلا عن الاعتماد عليه

(و الغرض) ان العمدة في استخراج الحكم واستنباطه من الادلة هي

تلك القواعد العامة وهي كثيرة ذكرت المجلة منها مائة مادة سيتضح لك فيما بعد تنقيح القول ، وقد افرد القواعد العامة بالتأليف جماعة من علما ئنا الاعلام ، و المطبوع المتداول منها (اربعة) { الاول (عناوين) المير فتاح المراغي وهو نفيس في بابه جمع فيه كثيراً من القواعد الفقهية والاصولية واكثر من تقريرات درس استاديه جدنا موسى بن جعفر كاشف الغطاء واخيه علي بن جعفر (الثاني) [العوائد] لمعاصره الملا مهدي النراقي رحمه الله وهودون الاول في الاتقان [الثالث] (تمهيد القواعد) للشهيدالثاني قدس سره (الرابع) (القواعد) للشهيد الاول رضوان الله عليه وهواتقن الجميع ، وعلى غزارة مادةهذه المؤلفات قد بقي كثير من القواعد العامةلم يتعرض لها وتوجد جمهرتها في كتب الاصحاب متفرقة في ابواب الفقه ، وعلى كل ، فنحن نشرع بتوفيقه تعالى بذكر مواد المجلة وبيان ما عندنا من تفسير او ملاحظة ثم نعقبها بذكر مايحضرنا من القواعد العامة الكلية التي اعتمد عليها اصحابنا قدست اسرارهم جميعاً منها ما تيسر وحضر







وله الحمد

(مادة ٢) الأمور بمقاصدها .

هذا مأخوذ من الحديث النبوي المشهور : انما الاعمال بالنيات . ولكل امرئ مانوى . ولكن مورد هذه الأحاديث في غير العقود والمعاملات من العبادات والعادات مثلا الاحسان الى شخص ان كان النية والقصد منه التقرب اليه فالأجر عليه وان كان القصد التقرب الى الله فاجره على الله وهو اول حديث في صحيح البخاري : انما الأعمال بالنيات وان لكل امرء مانوى فمن كانت هجرته الى دنيا يصيبها اوالى امراة ينكحها فهجرته الى ماهاجر اليه الى آخره ، والغرض من هذه الأحاديث بيان وجه القصد لا بيان اعتبار القصد ولزومه اذهو ضروري من العقلاء ويستحيل صدور عمل من العاقل الغير الغافل بغير قصد

(مادة ٣) العبرة في العقود للمقاصد والمعاني : لا للالفاظ والمباني .

اعتبار القصود في العقود مما لاشك فيه ولا ريب بمعنى ان العقد اذا خلى من قصد فهو لغو بل كل كلام كذلك ولكن اناطة المدار في العقد على القصد وحده دون اللفظ غير صحيح كيف وقد ورد في السنة الصحيحة (انما يحرم الكلام ويحرم الكلام) بل لا يتحقق العقد الا باللفظ الخاص ولكن مع القصد فالقاعدة الصحيحة هنا هي ما عبر عنها فقهاؤنا بقولهم : العقود تابعة للقصود يريدون ان كل معاملة كالبيع والاجارة والرهن لها الفاظ تخصها بحسب الوضع والشرع يعبر عنها بالعقد ولكنها لا تؤثر الاثر المطلوب من ذلك العقد الا بقصد معناه من لفظه فلو لم يقصده او قصد معنى آخر كما لو قصد من البيع الاجارة او من الاجارة البيع ولو مجازا كان باطلا لا ان المدار على القصد وحده دون اللفظ كما في مادة المتن اما المثال الذي ذكره وسماه بيع الوفا ويسمى عند الامامية بيع الخيار فهو عند فقهائنا اجمع بيع حقيقة ولا يجري عليه شيء من احكام الرهن وسيأتي تحقيق ذلك في محله انشاء الله

(مادة ٤ و ٥ و ٦) هذه القواعد الثلاث كلها ترجع الى اصل واحد وهي الاستصحاب ووجوب ابقاء ما كان على ما كان الماخوذ من احاديث ﴿ لا تنقض اليقين بالشك ﴾ وبناء العقلاء على عدم رفع اليد عن الامر الذي كان متيقنا بعروض الشك فيه ويمكن ان يرجع اليها ايضا اصل برائة الذمة المذكورة في (المادة ٨) بل واليها يرجع ايضا ما في (المادة ٩) بل و (المادة ١٠) بل و (١١) فان مرجع الجميع الى

الاستصحاب وقوله : [الاصل اضافة الحادث الى اقرب اوقاته] هي القاعدة المعروفة عندنا باصالة تاخر الحادث مثلا اذا شككنا ان زيدا مات في هذه السنة فيرث اباه الذي قد مات في السنة التي قبلها اومات قبل سنتين فلا يرث نحكم باستحقاقه الارث لاصالة تاخر الحادث ومرجع ذلك الى الاستصحاب وعدم رفع اليد عن اليقين بالشك فيه لان اليقين لاينقض الا بيقين مثله (والقصارى) ان المتن ذكر سبع مواد و كلها ترجع الى قاعدة واحده كان يجب الاكتفاء بها عن الجميع ولولم تستند تلك المواد الى الاستصحاب المدلول على حجيته في علم الأصول بالعقل والنقل لم يكن وجه للاستناد اليها والاعتماد عليها فذكر الاستصحاب يغني عن ذكرها

اما (المادة ٧) [الضرر لايكون قديما] فيظهر انها كالتقييد اوالتخصيص لما قبلها فانه لما قال القديم على قدمه قال الا الضرر فانه لايترك وحينئذ تكون هذه المادة هي [مادة ٢٠] الضرر يزال فانها تعم الضرر القديم والحادث (ومادة ٣١) الضرر يدفع بقدر الامكان فهذه ثلاث مواد تغني عنها واحدة

اما [المادة ٨] وهو اصل البراءة فهو اصل اصيل مستقل ويبتني عليه كثير من الفروع الفقهية وهو وان كان يتداخل مع الاستصحاب في كثير من موارده ولكن جهة النظر في كل واحد تختلف عن الآخر فان حكم العقل بوجوب دفع الضرر المحتمل يقضي بلزوم الامتثال عند احتمال التكليف فيتجه البحث في ان قاعدة

قبح العقاب بلا بيان وامثالها مما دل على البرائة عقلا وشرعا هل تقتضي الامن من ضرر العقوبة ام لا في ابحاث ضافية مبسوطة في محلها من فن الأصول . أما ماذكره في المتن من الائتلاف والاختلاف في المقدار فاستصحاب برائة الذمة يغني عن اصل البرائة بل هو مقدم عليه كما حقق في محله وعند اهله

(مادة ١٢) الاصل في الكلام الحقيقة .

هذا الاصل ركن من اركان المباحث الاصولية ويعبرون عنه باصالة الحقيقة تارة واصالة عدم القرينة اخرى واذا كانت في العام يعبر عنها باصالة العموم واصالة عدم التخصيص فاذا وردت كلمة في كلام واحتملنا ان المتكلم اراد غير معناها الحقيقي تجوزا ولا قرينة ظاهراً نقول انه اراد المعنى الحقيقي لاصالة الحقيقة ولو ادعى بعد ذلك ارادة غيرها لم يقبل منه فلو اعترف مثلا انه قتل زيداً ثم قال اردت قتله الأدبي لم يسقط عنه القصاص او الدية الا ان تكون هناك قرينة حال او مقال والى هذه القاعدة تعود

(المادة ١٣) لاعبرة بالدلالة في مقابلة التصريح

فان المعنى الصحيح الذي ينبغي ان تحمل هذه المادة عليه هو القاعد المعروفة عند الاصوليين من ان النص مقدم على الظاهر سواء كانت الدلالة من مقال كما في قوله تعالى ان الله يغفر الذنوب جميعاً مع قوله تعالى ان الله لا يغفر ان يشرك به ويغفر مادون ذلك او من حال كما لو وهبه عينا فان فيه دلالة على الاذن بالقبض لكن لو منعه عن القبض سقطت تلك الدلالة ومرجع كل ذلك الى بناء العقلاء على الأخذ بالظاهر وتقديم

الأظهر فالاظهر حتى ينتهي الى النص الذي لايحتمل فيه الخلاف فمن تكلم بكلام له ظهور بالوضع اوبالقرينة وادعى ارادة خلافه لم يقبل منه بل يوخذ بظاهر لفظه الذي هو الطريق العقلائي للكشف عن ارادته وقصده والى ذلك يرجع

(المادة ١٤) لامساغ للاجتهاد فى مورد النص

فان مثل قوله ع البيعان بالخيار مالم يفترقا ظاهر بل نص فيماذهبت اليه الامامية من ثبوت الخيار بعد الايجاب والقبول حتى يتفرق المتبايعان وهو الذي يسمونه خيار المجلس ووافقهم الشافعية على ذلك فقول الحنفية ان المراد تفرقهما في الكلام فاذا فرغا من الكلام وتم الايجاب والقبول فلا خيار وبذلك انكروا خيار المجلس وهو كما ترى عين الاجتهاد في مقابلة النص وبالجملة فهذه القواعد الثلاث ترجع الى قاعدة واحدة وهي تقديم النص على الظاهر والأظهر على الظاهر

(مادة ١٥) ماثبت على خلاف القياس فغيره لايقاس عليه .

القياس بجميع انواعه لاعبرة به عندنا معشر الامامية اصلاً فلو ثبت عندنا بالدليل حكم لموضوع موافقا للقياس ام مخالفا فالحكم يقتصر به على موضوعه ولا يتعدى الى غيره سواء عرفت علة الحكم اولم تعرف وسواء كانت ظنية او قطعية نعم لو كانت العلة منصوصة كما لوقال حرمت الخمر لاسكارها امكن عند بعضهم تسرية الحرمة الى غير الخمر من المسكرات وان لم يسم خمراً امامن يقول بالعمل بالقياس وحجيته فلا ريب انه لو ثبت عندهم حكم في مورد على خلاف القياس لدليل فانه يقتصر على

مورده وما عداه يبقى على حكم القياس ونظير هذا عندنا مالو ثبت حكم على خلاف القاعدة فانه يقتصر فيه على دليله ويرجع في امثاله الى حكم القاعدة مثلا ثبوت الشفعة حكم مخالف لقاعدة السلطنة فيقتصر فيه على مورده وهو عدم تعدد الشركاء فلو تعددوا فلا شفعة وهكذا كثير من هذا القبيل

(مادة ١٦) الاجتهاد لاينقض بمثله :

ينبغي ان يكون المراد بهذه القاعدة ان اجتهاد مجتهد لاينقضه اجتهاد مجتهد آخر فلو ادّى اجتهاد مجتهد الى ثبوت الدعوى بشاهد مع يمين المدعي مطلقا اوفي خصوص الأموال وحكم لشخص بمال على هذا الرأي ورفعت الدعوى لمجتهد آخر لايرى ذلك فليس له نقض ذلك لأنه مخالف لاجتهاده اما غير المجتهدين فهم مخيرون في العمل بين الاخذ برأي هذا أوذاك تخييراً في الحدوث اوالاستدامة على القوانين اما المجتهد نفسه فلا اشكال انه اذا تبدل اجتهاده فانه ينقض اجتهاده السابق باللاحق ولكن بالنسبة الى الحوادث المتجددة اما الغابرة فانها تمضي على اجتهاده الأول ولا ينقضها إلا اذا تبين عنده فساد اجتهاده الأول كما لو عثر على دليل قصر في الفحص عنه فافتى بخلافه فانه ينكشف في الحقيقة عدم الاجتهاد لافساده فليتدبرو الخلاصة ان الاجتهاد قد ينقض بالاجتهاد وقد لاينقض

(مادة ١٧) المشقة تجلب التيسير

هذه المادة هي عين المادة التي بعدها كلاهما يرجعان الى قاعدة

في العسر والحرج المدلول عليهما بقوله تعالى ماجعل عليكم في الدين من حرج ويريد الله بكم اليسر ولايريد بكم العسر — مثل ان الله سبحانه اوجب في الوضوء غسل البشرة فاذا كان على بعض اعضاء الوضوء جبيرة يعسر نزعها جاز المسح على الجبيرة عوض غسل البشرة بقاعدة نفي العسر ، ومثل قبول شهادة النساء في النسب والولادة لأن الاقتصار على شهادة الرجال في امثال ذلك يوجب العسر والحرج، وقبول شهادة اهل الخبرة في بعض الموضوعات وان لم يكونوا عدولا بل ولا مسلمين وليس من هذا الباب اصلا القرض والحوالة والحجر ، نعم لعل حكمة تشريع بعضها كالقرض والحواله هو التسهيل ورفع العسر والحرج فما ذكره في المتن وزاده بعض الشراح من الأمثلة كلها خارجة عن القاعدة كما يظهر بادنى تدبر

(مادة ١٩) لاضرر ولاضرار .

هذه من القواعد المحكمة والأساسية في شريعة الاسلام وهي نظير اختها قاعدة رفع الحرج حيث ان الحكمة منهما معاهو التسهيل على العباد في التشريع ليصح قوله (ع) جئتكم بالشريعة السهلة البيضاء وقد ذكروا ان هذه الكلمة من جوامع الكلم وهي احدى معجزات بلاغته صلوات الله عليه وقد افرد لشرحها جماعة من اعلام علمائنا رسائل خاصة بها وموجز القول فيها انها دلت على حرمة الضرر ، وحرمة مقابلة الضرر بالضرر ، ووجوب تدارك الضرر ، تقول مثلاً لاتضر غيرك باتلاف ماله ، ولاتقابله بالضرر لو اتلف مالك ، ولكن يجب عليه تدارك

الضرر ، ودلت على معنى اوسع واعظم بركة ونفعاً من ذلك وهو ان كل حكم في الشرع وضعي او تكليفي يوجب ضرراً على الشخص او النوع فهو مرفوع في الاسلام مثلا الوضوء واجب للصلوة ولكن اذا استلزم الوضوء ضررا على شخص لمرض وغيره فهو مرفوع

وهكذا اذا كان لزوم البيع مع وجود العيب في الثمن يستلزم ضرراً على النوع فلزومه مرفوع ويكون العقد جائزاً وخيارياً ولعل منها الخيار اذا ظهر العيب فيما انتقل اليه وقد ظهر لك مما ذكرنا ان مادة ٢٠ ترجع اليها بل هي احدى مداليلها وفوائدها مثلا قاعدة السلطنة تقتضي ان له ان يبني تنوراً في سطح داره ولكن اذا كان ذلك يوجب ضرراً على جاره فالضرر يزال بقاعدة لاضرر في الاسلام وكذا لو سد عليه منافذ الهواء والنور ، ومنه جبر المديون على دفع دينه واذا امتنع فللحاكم ان يبيع بعض امواله لأداء دينه وكثير من الفروع في الفقه تبتني على هذه القاعدة وعلم ايضاً ان مادة (٢٥ الضرر لا يزال بمثله) من مدلولات هذه القاعدة ايضاً اعني قاعدة لاضرر وهي الاصل والدعامة وهذه القواعد متفرعة ومبتنية عليها ولا وجه لعدها قواعد في عدادها فلا يجوز قسمة الطاحونة اذا كان في الشركة ضرر على احد الشركاء وكان في القسمة ضرر على الآخر لان الضرر كما قدمنا لا يدفع بالضرر وكذا لا يجوز رد المعيب السابق بعد حدوث عيب آخر عند المشتري ورعاية المشتري ليس بأولى من رعاية البايع والجميع يرجع الى الأصل (قاعدة الضرر) وانه لا يجوز مقابلة الضرر بالضرر فتدبر ولعل اليها

يرجع ايضاً

(مادة ٢١) الضرورات تبيح المحذورات المستفادة من امثال قوله ع ما من شيء حرمه الله الا وقد احله لمن اضطر اليه والاصل فيه قوله تعالى الا ما اضطررتم اليه ومن اضطر غير باغ فاذا كان بقاء حرمه مال الغير او حرمة اكل الميتة فيه ضرر من تلف نفس محترمه او حيوان يموت من الجوع او العطش فان الحرمة ترتفع ويجوز تناول طعام الغير او الميتة او شرب ماء الغير بغير اذنه غايته انه يجب الضمان وكل ذلك من لوازم رفع كل ما يوجب الضرر كما عرفت ، واليها يرجع ايضا

(مادة ٢٢) الضرورة تقدر بقدرها وضابط الضرورات المبيحة هي كلما يتوقف عليه حفظ نفس محترمة او مال محترم هو اكثر من المال المتناول بما يعتد به عرفا وان لم يضر بحاله الى قاعدة الضرر يرجع ايضا (مادة ٣١) الضرر يدفع بقدر الامكان بل و (مادة ٣٢ و ٢٣) [ومادة ٢٣) ماجاز بعذر بطل بزواله هذه المادة لا ترجع عندنا الى اصل تعتمد عليه و تستند اليه الا قضية ان الحكم تابع لموضوعه او ان الضرورة تقدر بقدرها فاذا حكمنا بقبول اشارة الأخرس ثم زال خرسه زال الحكم وهو قبول اشارة الاخرس لزوال الموضوع وهو الاخرس وهكذا اذا حدث عيب في المبيع قبل القبض وكان للمشتري خيار ثم ارتفع العيب واقبضه صحيحا فانه يزول خياره بزوال سببه على الأصح والخلاصة ان هذه المادة ليست متاصلة ولا بد من رجوعها الى احدى القواعد المتقدمة او الآتية بل ومثلها ما في (مادة ٢٤) اذا زال المانع بطل الممنوع ، مثلا اذا كان

المرض مانعا من الوضوء، فاذازال المرض عاد الممنوع وهو وجوب الوضوء واذا كان العيب الحادث عند المشتري مانعاً من الرد بالعيب القديم فاذا زال العيب الحادث وبقي القديم عاد الممنوع وهو جواز الرد بالعيب القديم وكل هذا راجع الى قضية الموضوع والحكم او ان الضرورة تقدر بقدرها على اختلاف الاعتبارات فاحسن التدبر

مادة ٢٦) يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام

وهي عين مادة ٢٧ الضرر الاشد يزال بالاخف وكلاهما من فروع قاعده نفي الضرر العامة فان مقتضى نفي طبيعة الضرر على الاطلاق ان يدفع الاكثر بالاقل والاشد بالاخف عند الدوران لان الزائد ضرر يجب دفعه كما انها عين (مادة ٢٨) اذا تعارض مفسدتان روعي اعظمهما ضرراً بارتكاب اخفهما وكذا (مادة ٢٩) يختار اهون الشرين ، فهذه المواد الاربع مع الست يكون عشرة مواد مرجعها اجمع الى قاعدة الضرر اما قوله في المتن يتفرع عن هذا (اي عن (مادة ٢٦) يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام)

منع الطبيب الجاهل فهو وهم لأن هذا المثال ليس من امثلة الضرر فان منع الطبيب الجاهل اوالعالم تفويت نفع لا احداث ضرر والمثال الصحيح لتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام هو مالو كان في دار انسان شجرة امتدت اغصانها الى الشارع واضرت بالمارة فان قلعها اوقطع اغصانها المثمرة مثلا وان كان ضرراً على مالكها ولكنه ضرر خاص، يلزم تحمله لدفع الضرر العام وهكذا الجدار المايل للانهدام فانه يلزم على اولياء

الامر هدمه رعاية بالمارة ودفعا للضرر العام وهكذا كثير من امثالها كما انه لو تعارض ضرر احد الجارين مع الاخر فانه يقدم الاخف اولزم اضرار شخص احد الضررين فانه يراعي الاخف فالاخف والاهون فالاهون كما تشير اليه قضية سفينة والمساكين في القرآن المجيد واما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر

(مادة ٣٠) دره المفاسد اولى من جلب المنافع

هذه نظير القاعدة المشهورة عند الاصوليين من الامامية وهي ان دفع المفسدة اولى من جلب المصلحة ولكنها ممنوعة على اطلاقها اذ ربما يدور الامر بين مفسدة حقيرة ومنفعة كبيرة يكون احرازها اهم من الوقوع في تلك المضرة ومن هذا القبيل الكذب لاصلاح ذات البين اواستخلاص المال المباح من الظالم وليس من هذا القبيل انكار الوديعة اذا خاف عليها من ظالم او الكذب لنجاة مؤمن كما توهم بعض الشراح فانه من قبيل تعارض المفسدتين وتقديم الاخف منهما وعلم مما ذكرنا انه في مقام دوران الامر بين دفع المفسدة اوجلب المنفعة لا يمكن الحكم بقول مطلق بتقديم احداهما على الاخرى بل لابد من النظر في الاهم منهما في المورد الخاص والقضية الشخصية

(مادة ٣٢) الحاجة تنزل منزلة الضرورة الخ

هذه القاعدة لاتصح على اصول مذهب الامامية فان قاعده نفي الضرر وان كانت ترفع الاحكام الواقعية مثل وجوب الغسل والوضوء والصوم وسلطنة الناس على اموالهم ولكنها لاتشرع حكما ولا تجعل الباطل صحيحا

وانما ترفع الحرمة التكليفية بالضرورة اي العقوبة فقط لاسائر الآثار فلو كان بعض البيوع باطلا وحراما كالربا فالضرورة لاتجعله عقداً صحيحا كسائر البيوع وان احلته لمن اضطر اليه فلو ارتفعت الضرورة وجب رد كل مال الى صاحبه مع الامكان وما ذكره في المتن من بيع الوفاء ان كان في حد نفسه مع قطع النظر عن الضرورة باطلا كما ينسب الى الحنفية حيث يعتبرونه كرهن فالضرورة لاتشرع صحته غايته انها تجوز استعماله للمضطر اليه كما يجوز الربا للمضطر ، وكثرة الديون ومسيس الحاجه لاتقلب الفاسد صحيحا ، ولا تجعل الباطل حقا : ولا تضع حكما عاما كيف والضرورات تقدر بقدرها كما تقدم ، وان كان في حد ذاته مشروعا كما هو الحق عندنا معشر الامامية ويسميه الفقهاء بيع شرط الخيار او بيع الخيار فهو اجنبي عن المقام والحق انه بيع صحيح كسائر البيوع الخيارية ودليله عموم المؤمنون عند شروطهم والشرط جائز بين المسلمين الا ما احل حراما او حرم حلالا اما ما ذكره بعض الشراح واطال فيه الكلام بما خلاصته ان غير المنصوص بل المنصوص على عدم مشروعيته وحظره من وسائل الحياة يجوز سلوك الطريق المنصوص على حظره عند الحاجة اليها ثم ذكر لذلك امثلة كثيرة حتى جوز الربا والادانة بالربح المذود عن الحوزة مع نص القران بحرمته وبطلانه وكان هذا الباب مفتوح على مصراعيه عند فقهاء المذاهب الاربعة المشهورة ويسمونه باب « المصالح المرسلة » اما عند فقهائنا الامامية فهذا الباب موصد بكل مايتسع له المجال من الاقفال وعندنا ان حلال محمد ...

حلال الى يوم القيامه وحرامه حرام الى يوم القيامة ولا اجتهاد في موارد النص والضرورات لا تغير الاحكام اصلا وانما ترفع عقوبة الحرام فقط وملاك الفرق بين الفريقين ان من اصول الامامية انه مامن واقعة الا ولله سبحانه فيها حكم وان جميع الحوادث الى يوم القيامة قد بين صاحب الشرع احكامها اما بالخصوص او العموم و كل حادثه تحدث فان وجدنا فيها نصاً خاصا عملنا به والا استخرجنا حكمها من القواعد العامة المستفادة ايضا من الكتاب والسنة او الاجماع ولا يجوز عندنا العمل بالقياس والاستحسان والترجيحات الظنية والمناسبات الوقتية بل لا نستخرج حكم الوقايع الا من كتاب الله وسنة نبيه عموما او خصوصا ولا يوجد في فقهنا شيء مما يسمى بالمصالح المرسلة او القياس او الاستحسان وليس هذا حجرا وتضيقا في الشريعة السمحة السهلة فان باب الاجتهاد مفتوح ولكنه في دائرة محدودة لا يتناول المنصوصات والمسلمات انها من ضروريات شريعة الاسلام كحرمة الربا والخمر والميسر (القمار) وامثالها نعم قد نبيح للمريض شرب الخمر اذا توقف علاجه عليه ولكن لا نجعله حكما عاما فى بلد اوزمن اونحو ذلك من المصالح الزمنية ومن الغريب استشهاد المجلة بقضية اهل بخارى وحاجتهم الى بيع الوفاء الذي يدعي بعض الشراح انه منصوص على عدم جوازه وهو وهم غريب وعلى فرضه فكان يمكن لاهل بخارى رفع حاجتهم ببيع بعض املاكهم بيعا قطعيا لانقاذ القسم الباقي منها ولا يحللون ما حرم الله او يوجرونها مدة تفي بديونهم والحاصل ان الحاجة المزبورة ما كان رفعها منحصرا بذلك الطريق المستلزم لتحليل ما حرم

الله بحيث تكون القضية من قبيل (قال الله واقول) وما لم تكن الضرورة منحصرة لا ترفع الحرمة قطعا فتدبر جيدا هذا المقام فانه من مزال الاقدام او الاقلام

(مادة ٣٣) الاضطرار لا يبطل الخ

قد سبق ان هذه المادة هي من بعض فروع قاعدة نفي الضرر التي يستفاد منها حرمة الضرر ووجوب تداركه وحرمة مقابلة الضرر فالاضطرار الى اكل طعام الغير الذي هو اضرار به يلزم تداركه بضمانه لصاحبه بالمثل او القيمة والضرورة انما رفعت العقوبة ولم ترفع الضمان ولا سائر الآثار

(مادة ٣٤) ما حرم اخذه حرم اعطاؤه

هذه القضية عقلية قطعية في الجملة فان الضرورة تقضي بان ما حرم اخذه حرمت جميع التصرفات ومنها اعطاؤه ولكن ذاك حيث تكون الحرمة ثابتة حدوثا واستدامه اما لو كانت حدوثا فقط كما لو قلنا بان الموات من من اراضي الخراج لا يجوز اخذه وحيازته الا باذن الامام فلو حاز احد المسلمين ارضا مواتا واحياها بدون اذن الامام فانه يملكها بالاحياء لعموم من احيا ارضا ميتة فهي له وان فعل حراما فى اخذها بدون اذنه وهكذا غنائم دار الحرب ومثلها في القطع والضرورة .

(مادة ٣٥) ما حرم فعله حرم طلبه

وهذا مطرد فى كل حرام ذاتي كالزنا و شرب الخمر والغصب ونحوها اما الحرام العرضي كالوحلف اونذر ان لا يكتب اولا يخيط وما اشبه

ذلك فانه يحرم فعله ولا يحرم طلبه بل و كذا في بعض المحرمات الذاتية مثل الصلوة على الحائض فانها يحرم فعلها و لا يحرم طلبها ومثل بعض محرمات الاحرام بل اكثرها فانها يحرم فعلها ولا يحرم طلبها .

(مادة ٣٦) العادة محكمة

يعني ان العادة عامة اوخاصة تجعل حكما لاثبات حكم شرعي اي تجعل طريقا لاثبات حكم شرعي وهذا ايضا مبني على الاصل المقرر عندهم من عدم النص وفقد الدليل الشرعي على حكم جملة من الحوادث خلافا لما ذهبت اليه الامامية من عدم خلو واقعة من الدليل على حكمها بالعموم او الخصوص وعلى فرض خلو واقعة من النص فان العادة عند الامامية لايعتبر بها ولاتصلح لاثبات حكم شرعي والحديث الذي ربما يتمسك به لذلك من قوله (ع) مارآه المسلمون حسنا فهو حسن على فرض صحته لايدل على حجية العادة واعتبارها دليلا شرعيا لاثبات حكم شرعي وليس كل حسن عند الناس حسنا واقعا اوشرعا وان حسن العمل به مداراة ومجاملة مع ابناء جنسه او ابناء وطنه والعادة التي هي عبارة عن تكرار العمل عند طائفة اوامة من العقلاء ليس لها اي علاقة بالشرع لتكون دليلا على حكم من احكامه وان لم يكن فيه نص فلو كان اكل لحم الارنب اوشرب النبيذ مثلا لم يرد فيه نص و كان عادة طائفة من المسلمين كاهل البادية مثلا على اكله فهل يمكن ان نستدل بعادتهم على حليته كلا نعم يمكن ان تكون العادة قرينة ينصرف اليها الاطلاق في مقام المعاملات والاستعمالات فيحمل عليها كلام المتعاقدين

لتعيين الموضوع لا الحكم مثلا لو كان من عادة بلد ان الحمال يحمل المتاع الى باب الدار فاستوجر حمال فلا حق للمستاجر بمطالبته بادخال المتاع الى داخل الدار ولو انعكس الامر كان له المطالبة وان لم يشترط ذلك في العقد فالعادة قرينة تقوم مقام اللفظ في تعيين المراد ولعل الى هذا يرجع ايضا قضية العرف العام والعرف الخاص وان كلام المتكلم يحمل على عرفه العام اوالعرف الخاص وانه لو تعارض العرف العام والخاص فايهما المقدم الى كثير من المباحث المحررة عند الاصوليين مما لا طائل فيه فان الاستعمالات الشخصية تختلف حسب اختلاف الموارد وليس هناك قاعدة كلية مطردة بتقديم احدهما على الاخر بل اللازم النظر في كل مورد وقع الشك فيه يرجع الى الاصول اللفظية المقررة فى تعيين المراد فان تعارضت فالى الاصول الحكمية من البراءة والاستصحاب وعلى كل فلو جعلنا العادة من الاصول المتبعة التى يستنبط منها حكم اوموضوع فاليها يرجع مادة (٣٧) استعمال الناس حجة ومادة (٤٠) الحقيقة تترك بدلالة العادة ومادة (٤١) انما تعتبر العادة اذا اطردت اوغلبت بل هذه المادة ساقطة من اصلها فان العادة اذا لم تطرد فلا يصدق عليها اسم العادة ومثلها مادة (٤٢) العبرة للغالب الشايع وهذا نظير مايوجد في كلمات بعض الاصوليين من ان الظن يلحق الشيء بالاعم الاغلب اي الغلبة توجب الظن بان الفرد المشكوك يلحقه حكم الغالب الشايع و يأتي هذا تارة في الاقوال واخرى فى الافعال والاحوال فلو كان غالب علماء البلد الفقهاء ووقف شخص عقاره على العلماء وشككنا بان النحوي داخل في

الوقف لانه من العلماء فالغلبة توجب حمل كلامه على الفقهاء وخروج النحوي وهذا يرجع الى ماسبق من ان الغلبة تكون قرينة على حمل المطلق على اشيع افراده وهو نظير المجاز المشهور حيث تكون الشهرة قرينة حالية كما ان الشيوع والغلبة كذلك ولو كان الغالب في معاملات شخص الفساد فلو صدرت منه معاملة نشك فيها حملناها على الفساد وان كان قاعدة حمل فعل المسلم تقتضي حمله على الصحيح ولكن الغلبة الشخصية حاكمة على الغلبة النوعية وحيث ان الغالب على البشر لايعمرون اكثر من تسعين فلو غاب شخص وانقطعت اخباره ولم يعلم حياته وموته وقد تجاوز التسعين نحكم بموته بحكم الغلبة هذا على مشرب القوم اما عندنا معشر الامامية فلا اثر للغلبة الاحيث تكون قرينة وتعد من الظواهر التي لاريب في حجيتها لبناء العقلاء كما قرر في محله من الاصول واما الغلبة في المثال الثاني فلا اثر لها بل المرجع في مثله اصالة الصحة المستندة الى وجوب حمل فعل المسلم على الصحيح مطلقا وفي المثال الثالث المرجع الى استصحاب حياته حتى يحصل اليقين والقطع بموته ولو الى مائتي سنة غايته ان الغالب حصول اليقين مع طول المدة وانقطاع اخباره بموته اما لولم يحصل اليقين فلا معول على الغلبة ومما ذكرنا يظهر الكلام في مادة (٤٣) المعروف عرفا كالمشروط شرطا فان مرجعها الى ان الغلبة والمعروفية توجب حمل اللفظ المطلق على المقيد وتكون الغلبة قرينة حالية على القيد اوالاطلاق فهذه المادة ايضا مستدركة ومثلها ايضا مادة (٤٤) المعروف بين التجار ومادة (٤٥) التعيين بالعرف كالتعيين بالنص فان ملاك جميع الموادالى

قاعدة واحدة وهي ان القرينة الحالية كالقرينة المقالية يجب اتباعها والغلبة والعرف الخاص او العام من اقوى القرائن على توجيه الكلام فلا داعي لتكثير المواد وتضييع الحقيقة مادة [٣٨] الممتنع عادة كالممتنع حقيقة فلو استاجره على وزن البحر او كيل الفرات ، او امساك الريح او قطع المطر كانت الاجارة باطلة فان تلك الامور وان لم تكن ممتنعة عقلا ولكنها ممتنعة عادة والقدرة على العمل شرط ركني في الاجارة كالقدرة على التسليم في البيع ؛

(مادة ٣٩) لاينكر تغيير الاحكام بتغيير الازمان

قد عرفت ان من اصول مذهب الامامية عدم تغيير الاحكام الا بتغيير الموضوعات اما بالزمان والمكان والاشخاص فلا يتغير الحكم ودين الله واحد في حق الجميع لاتجد لسنة الله تبديلا وحلال محمد حلال الى يوم القيامة وحرامه كذلك نعم يختلف الحكم في حق الشخص الواحد باختلاف حالاته من بلوغ ورشد وحضر وسفر وفقر وغنى وما الى ذلك من الحالات المختلفة وكلها ترجع الى تغير الموضوع فيتغير الحكم فتدبر . لا يشتبه عليك الامر .

« مادة ٤٠ » الحقيقة تترك بدلالة العادة

هذه المادة ايضا مستدركة فانها ترجع الى الاخذ بالقرينة الصارفة عن الحقيقة فالعادة ان كانت قرينة في المورد الخاص من موارد الاستعمال وجب رفع اليد بها عن الحقيقة والا فاصالة الحقيقة هي المحكمة ولا عبرة بالعادة مالم يعلم استناد المتكلم اليها :

(مادة ٤٦) اذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع

هذه المادة ضرورية بل لاحاجة الى ذكرها لوضوحها فان المانع هو عبارة عن الشيء الذي يمنع المقتضي من التأثير بل لا معنى للمعارضة بين المقتضي و للمانع نعم قد يتزاحم الشيئان في التأثير فايهما ترجح كان هو المانع للآخر

(مادة ٤٧) التابع تابع الخ

هذه المادة مخالفة لما عليه اكثر فقهائنا الامامية من ان الحمل لا يتبع الحامل وحجتهم في ذلك ظاهرة وقوية فان الحامل يعتبر ظرفا للحمل فهي كالمال والجواهر في الصندوق فاذا باع الصندوق بما لكه فهل يحتمل احد دخول الجواهر والمتاع في البيع مالم يصرح وكذلك النخل والشجرة فاذا باع النخلة وعليها ثمرها فان كان قبل بدو الصلاح اعتبر الطلع الذي عليها كجزء من اجزائها كالسعف والكرب وان كان بعد بدو الصلاح وصيرورته بسراً ورطباً فهو مستقل وقد باع نخلا ولم يبع رطبا وتمراً وبالجملة فالعرف نوعا يعتبر الحامل والمحمول كالظرف والمظروف كل واحد منهما له وجود مستقل عن الاخر فان ظهرت قرينة او كان عرف البلد الخاص على دخول احدهما في الآخر فهو والا فالبيع يختص بما وقع التصريح بانه هو المبيع لا غير ومن هنا ظهر وجه البحث فى (٤٨) التابع لا يفرد في الحكم، فالجنين الذي في بطن الحيوان لا يباع منفرداً عن امه فان الجنين بعد ان كان في نظر العرف تابعاً وهو كذلك واقعاً وعقلا وله وجود مستقل وبطن الحامل ظرف له فما المانع من انفراده بالبيع ووقوع القصد والعقد عليه بخصوصه وهذا واضح جلي حيث لا جهالة

مادة(٤٩) من ملك شيئاً ملك ماهو من ضروراته ، هذه المادة لا تصلح ان تكون مادة مستقلة ولا عامة كلية مطردة بل يختلف الحال باختلاف المقامات وعرف كل بلاد بحسبه فان السرج واللجام مثلا من ضرورات الفرس وقد يتعارف في بلاد ان ملكية الفرس لا تقتضي ملك اللجام بل يكون عارية او اجارة او غير ذلك نعم اليد على الفرس يد على لجامها وسرجها واليد ظاهرة في الملكية وهذه الجهة غير الجهة الملحوظة بالمادة اما المثال الذي ذكره بعض شراح المجلة من ان مالك العقار يملك الطريق الموصل اليه فهو ضعيف ضرورة ان الطريق ان كان عاماً فصاحب العقار يملك العبور فيه كسائر الناس ولا يملك نفس الطريق وان كان خاصا وهو الطرق المرفوعة فلها احكامها فان كان فيها دور متعددة فهي مشتركة بينهم على الاشاعة والمتاخر يشارك المتقدم دون العكس وان اختصت بواحد فهي له كالحريم التابع للدار والبئر على ماهو مفصل في محله :

(مادة ٥٠) اذا سقط الاصل سقط الفرع لعل المراد بالاصل مثل الدين والفرع هو الكفالة فاذا سقط الدين بابراء ونحوه تسقط الكفالة اومثل الطاعة والتمكين من الزوجة الذي يتفرع عليه وجوب النفقة فاذا سقطت الطاعة بالنشوز سقط الفرع وهو النفقة وليست هي قاعدة مطردة بل تختلف الموارد والمتبع هو الدليل في كل مورد بخصوصه .

[مادة ٥١] الساقط لا يعود كما ان المعدوم لا يعود ، لعل الملحوظة بهذه القاعدة قضية الحقوق الساقطة مثلا اذا اسقط الشارع الحق بسبب اومن له الحق اسقط حقه فانه لا يعود فلو اسقط الشارع حق النفقة بسبب النشوز او حق

المضاجعة فلو عادت المرأة الى الطاعة لم يعد ذلك الحق الساقط بالنسبة الى مامضي من الزمان وكذا لو اسقط الدائن دينه اي ابرء ذمة المديون فانه لايعود حتى لورضي المديون بعوده اولم يرض من اول الامر بسقوطه خلافاً لما توهمه بعض شراح [المجلة] من كون السقوط مشروطا برضا المديون فانه وهم واضح الضعف ضرورة ان الحق له مستقلا ولاعلاقة للمديون بثبوته وسقوطه ومهما يكن فان الحق اذا سقط لايعود الا بسبب جديد كما ان المعدوم من الاجسام المادية لايعود فاذا عدمت الشجرة المعينة مثلا فانه يستحيل عودها بذاتها نعم قد يعود وجود آخر مثلها في اكثر خصوصياتها لافي جميعها ضرورة ان الزمان من جملة الخصوصيات والمشخصات وهو لايعود قطعاً وبالجملة فالعائد وجود ثان مثل الاول لاعينه ومن هنا كانت هذه القضية من اقوى الشبهات في قضية المعاد الجسماني واعضل التفصي منها على فلاسفة الاسلام والبحث فيها موكول الى محلة .

والخلاصة : ان الحقوق في الشرع على اقسام قسم منها مايقبل الاسقاط كما يقبل الصلح عليه اي يصح انتقاله من صاحبه الى غيره .

وقسم يقبل الاول دون الثاني وقسم لايقبل الاسقاط ولا الانتقال فيكون نظير الحكم الذي لايسقط ولا ينتقل والفرق بينهما يشكل ويحتاج الى لطف بيان ودقة نظر .

اما الاول فمثل حق الخيار وحق التحجير وحق القصاص على الاشبه

واما الثاني فمثل حق الشفعة فانه يقبل الاسقاط ولايقبل الانتقال الى الاجنبي .

واما الثالث فمثل حق الجلوس في المساجد والمعابد والعبور في الشوارع العامة ونحوها فانه لا يقبل الاسقاط ولا الانتقال وقد يشتبه هذا بكونه حكما لا حقا فهو كحق الرجوع في الهبة الذي لا يقبل انتقالا ولا اسقاطا .

اما العكس ، وهو قبول الانتقال دون الاسقاط فيشكل تحققه اذ كلما جاز نقله جاز اسقاطه نعم قد يتصور في بعض الفروض نادراً مثل حق الولي بالتصرف بمال القصير فانه قد يقال بصحة نقله الى ثقة آخر ولا يصح اسقاطه وهو محل نظر وقد خبط بعض الشراح هنا خبطا كثيراً وعلى كل فالقاعدة غير عامة فان بعض الساقط فى الشرعيات قد يعود مثل حق الخيار بالبيع حيث يسقط بالعيب الحادث عند المشتري فاذا زال عاد الخيار فليتأمل .

(مادة : ٥٢) اذا بطل الشيء بطل مافي ضمنه

وهذه المادة ترجع الى مادة (٥٠) اذا سقط الاصل سقط الفرع وينبغى ان يكون المراد بها ان الشيء اذا فسد فسد ما يبتنى عليه فاذا بطل البيع بطل مافي ضمنه من الاقباض والقبض واستحقاق المشتري لمنافع المبيع والبايع منافع الثمن وهكذا والامثلة كثيرة ولا حاجة الى تمثيل بعض الشراح بمن باع دمه حيث قال (لو قال رجل لآخر اقتلني فدمي حلال لك فقتله يجب على القاتل الدية لا القصاص واذا قال اقتلنى بعتك دمى بكذا فقتله يجب على القاتل الدية والقصاص لان البيع باطل والاذن بالقتل الواقع فى ضمنه باطل ايضا انتهى) .

وكل هذا لا نعرف له وجها صحيحا بل يجب القصاص في المقامين

ولا تجب الدية في المقامين والبيع باطل مطلقاً فان الحر لايباع والعبد لايملك نفسه حتى يبيعها والاذن في حد نفسه باطل لابطلان البيع وليس المقام من موارد الشبهة التي تدرء بها الحدود وتنتقل الى الدية بل الآمر يحبس مؤبداً والمباشر يقتل هذا هو الحكم في هذا الموضوع عند فقهائنا الامامية ومستنده الاخبار المروية عن الأئمة سلام الله عليهم .

(مادة . ٥٣) اذا بطل الاصل يصار الى البدل

يعني اذا كان الاصل موجوداً لم يجز العدول عنه الى البدل فاذا كان المشتري قدقبض المبيع وظهر البيع فاسداً وجب رد عين المبيع لابدله وهكذا المغصوب . نعم لو تلف المبيع اوالمغصوب تعين الرجوع الى البدل المثل في المثلي والقيمه في القيمي .

(مادة ٥٤) يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها — : او في المتبوع .

هذه المادة يعبر عنها تارة بهذا اللفظ واخرى بلفظ (يغتفر في الثواني ما لا يغتفر في الاوائل) ويستعملها فقهاؤنا في جملة موارد منها ، توابع المبيع . كالعبد المبيع فانه يتبعه ثياب بدنه وخاتمه وغير ذلك والجهالة في العبد لاتغتفر وتغتفر في توابعه وهكذا في الوقف فانه لايجوز الوقف على المعدوم ولكن يجوز تبعا للموجود .

(مادة : ٥٥ ، ومادة ٥٦ :)

البقاء اسهل من الابتداء ، يغتفر في البقاء مالايغتفر في الابتداء

هذه المادة وان كانت عقلية ضرورية سواء قلنا باستغناء الباقي على

المؤثر او قلنا بان حاجة الممكن الى العلة والمؤثر حدوثه لا امكانه وان كان الاصح ان سبب حاجته امكانه ومهما يكن الامر فان هذه القضية في الكونيات مسلمه عقلا وعرفا أما في الشرعيات فلا اثر لها عندنا اصلا الا ان ترجع الى الاستصحاب ولزوم ابقاء ما كان على ما كان وعدم نقض اليقين بالشك مما ثبت بالادلة الشرعية القطعية نعم قد يكون لها اثر عند اهل القوانين المدنية ويعنون ان واضع القانون قد يتساهل في الشروط بالنسبة الى البقاء عما لا يتساهل به في الابتداء وماذكره بعض الشراح من الامثلة لهاتين المادتين كلها مدخوله ومحل نظر ومناقشة .

(مادة : ٥٧) لا يتم التبرع الا بالقبض

هذه القاعدة تكاد تكون اجماعيه عند فقهاء الامامية ولا تختص بالهبة بل تعم جميع العقود المجانية كالصدقات بانواعها حتى الوقف واخواته كالسكنى والعمرى والرقبى وهو عندهم شرط في الصحة لا في اللزوم فلو وهب عينا فلا اثر لهبته مالم يقبض ويكون العقد بدون القبض لغواً وهكذا الصدقة المطلقة والوقف واخواته نعم يستثنى من العقود التبرعية خصوص الوصية فانها وان كانت مجانية ولا يلزم فيها القبض فتحصل الملكية المعلقة على الموت بمجرد العقد ولكنها جائزة وله الرجوع وتلزم بالموت .

(مادة : ٥٨) التصرف على الرعية منوط بالمصلحة

هذه المادة اما تأتي على اصول الفقهاء الاربعة وامثالهم اما على اصول

الامامية فلا محل لها لان التصرف بالرعية انما هو حق المي الامام العادل
اومن ينصبه الامام والامام العادل بالطبع لايتصرف الا بما فيه المصلحة
للامة اما منصوبه فامره راجع اليه ولو تصرف خلاف المصلحة كان هو
الرقيب عليه والمؤدب له نعم المسؤلية العامة ثابتة على كل احد في كل
تصرف حتى تصرف الانسان في نفسه وعائلته واليها النظر بقوله (ع)
(كلكم راع وكلكم مسؤل) وهو غير الملحوظ بالمادة المبحوث عنها
وكان لهذه المادة اثر مهم في الازمنة القديمة يوم كانت ارادة السلطان
هي النافذة وهوالفاعل المختار الذي يسئل ولا يسئل اما اليوم وقداصبحت
اكثر الامم دستورية ونواب الامة هي التي تقنن القوانين التي تدور
على مصالحها فانما ينفذ من القوانين ماشرع موافقا للمصلحة لانهم موكلون
على هذا ولكن اين الوكالة واين الموكلون واين الوكلاء (ودع عنك
نهبا صيح في حجراته .)

(مادة ٥٩) الولاية الخاصة اقوى من الولاية العامة

اظهر مثال لهذه القاعدة ولاية الانسان على ماله واطفاله وعياله وسائر
شؤونه الخاصة ولا تعارضها الولاية العامة كولاية الحاكم والوالي بل والسلطان
نعم لهؤلاء حسب الولاية العامة سلطة على الافراد ولكن في دائرة محدودة
تعود ايضا الى شؤن المصالح العامة ومثل ذلك ولاية الولي على القصير
فانها مقدمة على ولاية القاضي والحاكم ونحوها فمع وجود الولي الخاص
لاينفذ بيع الحاكم مال الصغير ولا تزويجه ومثل ذلك ولي الوقف فانه
مقدم على من لهم الولاية العامة نعم للولي العام ان يعزل ولي الوقف

فى ظروف خاصة كالخيانة ونحوها .

(مادة : ٦٠) اعمال الكلام اولى من اهماله

اللازم هنا تاسيس القاعدة التي تبنى عليها هذه المادة والتى بعدها وقد تقرر فى قواعد المحاورات العرفية البناء على اصول يسمونها الاصول العقلائية مثل اصالة عدم الخطأ واصالة عدم السهو والنسيان واصالة عدم العبث واللغو واصالة عدم الهزل والمزاح وكلها اصول بنت العقلاء على الاعتماد عليها فى اقوالهم واعمالهم فاذا تكلم رجل عاقل وشك بانه سهى اوغفل اويريد الهزل والمزاح لايعتني بشيء من ذلك ويحمل على الارادة الجدية ويلزم به خبراً كان كالاقرار اوانشاء كالبيع والهبة والى هذه الاصول ترجع هذه المادة فان معنى اهمال الكلام حمله على اللغو اوالسهو وما اشبه ذلك مما تنفيه الاصول العقلائية ويحكم بلزوم حمله على معناه الظاهر حقيقة كان الظاهر اومجازا فان كان للكلام ظهور فى احدهما فهو المتبع وان لم يكن وتردد بينهما حمل على معناه الحقيقي باصالة الحقيقه فان تعذر حمل على المجاز وهو مادة (٦١) فان تعذر ايضا لم يكن بد من اهماله وهو مادة (٦٢) .

اما اسباب تعذر حمله على الحقيقة اوعليهما وعلى المجاز فهو وجود المانع الشرعي كما لوقال القائل تزوجت اختى اوبنتى فانه لا يمكن شرعا حمله على معناه الحقيقي فلابد من حمله على بعض المعانى المجازية اوالمانع العقلي كما لوقال اولدت انا ابي اوامي تولدت منى فيحمل على المجاز اوالمانع العرفي كما اوحلف ان لا ياكل من هذه النخلة فانه يمتنع

الأكل من نفس النخلة ولابد من حمله مجازاً شايعاً على ارادة عدم الاكل من ثمرها اما تعذر حمله على الحقيقة والمجاز فكما لو قال احدى زوجاتي طالق او بعض مالي وقف او بعتك بعض ما املك وامثالها كثيرة .

(مادة : ٦٣) ذكر مالا يتجزأ كذكر كله

هذه المادة ليس لها عند فقهاء الامامية عين ولا اثر وما ذكره الشراح من الامثلة مثل مالو قال انا كفيل بنصف زيد وانه يحمل على الكفالة بتمام نفسه لان زيد لايتجزأ لاوجه له عندنا بل يعد هذا الكلام من اللغو الباطل والعقود تحتاج الى صراحة واستعمال نصف زيد في زيد ليس بحقيقة ولا مجاز صحيح فلا تثبت به الكفالة لعدم الدلالة ومثله لو قال اشفع في البعض فانه مناف لمشروعية الشفعة وهو دفع الشريك فهذه القاعدة ساقطة عندنا من اصلها .

(مادة : ٦٤) المطلق يجري على اطلاقه اذا لم يقم دليل لتقييد الخ .

هذه المادة هي عبارة عن قاعدة اصالة الاطلاق وانه متى احتمل التقييد في المطلق فالاصل عدمه اما وضعا واما بمقدمات الحكمة وان الحكيم لايخل بغرضه فلو اراد التقييد لبين ذلك والمطلق هو اللفظ الدال على كلي ينطبق على كل فرد من افراده اما على البدل اوعلى الاستيعاب فالاول مثل اعتق رقبة [وان الانسان لفي خسر] والثاني مثل (والمطلقات يتربصن) والتقييد مفرداً كان اوجمعا هو حصر الكلي في حصة معينة من حصصه مثل (رقبة مؤمنه) واكرم العلماء العدول .

﴿ مادة : ٦٥ ﴾ الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر

تحرير هذه المادة وتوضيحها ان البيع باعتبار المبيع كما سيأتي اما ان يكون كلياً اوجزئيا شخصيا فان كان كلياً اعتبر ضبطه ورفع الجهالة عنه بالوصف فيقول بعتك فرسا كذا عمرها وكذا لونها اشهب اوادهم اوغير ذلك وهكذا سائر الصفات التي تؤثر في اختلاف القيم لاختلاف الرغبات ويلزم البائع تسليم مايوافق تلك الصفات وان كان جزئياً فلا يخلو اما ان يكون حاضراً فلا طريق لرفع الجهالة عنه الا بالمشاهدة ثم ان كان مكيلا اوموزونا اومعدودا اعتبر مع ذلك الكيل والوزن والعدد والا كفت المشاهدة .

واما ان يكون غائبا حين العقد فيلزم رفع الجهالة عنه ايضا بالوصف . فيقول : بعتك الفرس الادهم الطويل العنق الذي هو الآن في المحل الفلاني فان ظهر موافقا للاوصاف لزم البيع والا تخير المشتري بين الفسخ والقبول

هكذا ينبغي ان يقال في شرح هذه المادة اما ماذكره بعض الشراح من الامثلة وهي (١) لو باع الفرس الاشهب وقال بعتك هذا الادهم واشار الى الاشهب صح البيع ولغا الوصف (٢) لوقال المدعي هذه السيارة الحمراء ملكي وشهد الشهود كذلك مشيرين اليها وهي صفراء تقبل الدعوى والشهادة لان الوصف هنا لغو (٣) ولو قال شخص و كلتك على شراء هذا الثوب الاخضر فاشتراه الوكيل فاذاهو اسود صح شراؤه لموكله ، فكل هذه الامثله لاعلاقة لها بما نحن فيه بل هي من امثلة تعارض الوصف والاشارة وليس هنا قاعدة مطردة في تقديم احدهما على الآخر

بل تختلف الموارد باعتبار القرائن الحالية اوالمقالية ومثله تعارض الاسم والاشارة كما لوقال زوجتك بنتي هذه زينب فقال قبلت وظهر أنها هند فترجيح الاشارة هنا غير معلوم بل لعل الاقوى ترجيح الاسم ومثله لوقال بعتك عبدي هذا جوهر فظهر انه ياقوت فالاصح اما البطلان اوالخيار والاظهر الاول .

{ مادة : ٦٦ } السؤال معاد في الجواب

هذه المادة لايترتب عليها اثر في مقام الاحكام ومن المعلوم ان المدار على ظهور الكلام في الاعتراف اوالانكار وجواب السؤال كما ذكروا في (كتاب القضاء) ان جواب المدعى عليه اما اقرار وانكار اوسكوت ومثل السكوت قوله لاادري والاقرار نعم واخواتها والانكار لا و نظائرها وهذان يكون السؤال فيهما معاداً سلبا اوايجابا . اماالثالث وهو السكوت اوالشك فليس السؤال فيهما معاداً وعلى كل فلا يترتب اثر على كونه معاداً اوغير معاد وانما الاثر لصدق الاقرار والانكارقبل كل شيء ونظير الكلام في قاعدة (٦٧) السكوت في معرض الحاجة بيان فان السكوت لايكون بيانا الا مع ظهور قرينة من حال اومقال بانه بيان سلبا اوايجابا ومنه ماورد في الشرع في البكر وانه يلزم ان تستأمر في زواج نفسها وسكوتها رضاها فقد اعتبر الشارع سكوتها رضا بقرينة ان الغالب ان الحياء يمنعها من التصريح بالقبول فيكون السكوت قبولا ومثله ما لو سكن رجل في دار غيره وقال له صاحب الدار اريد بدل سكناك عن كل شهر ديناراً فسكت فانه يلزم بالدينار لواستوفى المنفعة

شهرا وهكذا نظائرها ومنه مالو باع المرتهن العين المرهونة بحضور الراهن فانه يعد اجازة خلافا لبعض الشراح .

[مادة : ٦٨] دليل الشيء في الامور الباطنة يقوم مقامه

هذه العبارة لاتخلو من تعقيد ولعل المراد ان الامور الخفية التي يعسر الاطلاع عليها غالبا يكتفى فى الحكم بها بآثارها الظاهرة ولوازمها الحاصلة مثلا لو تزوج رجل فاولدت امراته ولداً لستة اشهر نحكم بانه دخل بها وان الولد ولده فان الدخول بها لما كان امراً خفيا استدللنا بلازمه وهو الولد على فراشه واذا وجدنا رجلا عاريا الا من الساتر فى الشتاء القارص استدللنا منه انه فقير لاثياب عنده ولا مال والحاصل قد نستكشف الامور الخفية من الامارات الظاهرية ولكنها لاتفيد القطع واليقين وانما تكون امارة ظنية غالبية .

(مادة : ٦٩) الكتاب كالخطاب

لاعبرة عندنا معشر الامامية ولا نعقد العقود والمعاملات الا بالالفاظ او اشارة الاخرس فلو وجدنا كتاب زيد الذي نعلم بانه خطه وتوقيعه بانه قد باع داره لانحكم بالبيع حتى يعترف هو او تقوم البينة او يحصل لنا اليقين بانه قد اوقع صيغة البيع لفظا خلافا لما يظهر من بقية المذاهب التي تعتبر الكتابة كاللفظ اما عندنا فلو كتب اني بعت و كتب الاخر اني قبلت لم يكن عندنا بيعا عقديا فان تعاطيا كان معاطاة والا فلا شيء .

(مادة : ٧٠) الاشارة المعهودة للاخرس كالبيان باللسان

اتفقت الامامية على ان اشارة الاخرس المفهمة لمقاصده تقوم مقام اللفظ ليس في معاملاته فقط بل حتى في عباداته وصومه وصلاته ونكاحه وطلاقه ووصيته ولعل اخبارهم بذلك مستفيضة والظاهر اتفاق المذاهب الاربعة ايضا عليه ولكن مشروط بافادة اشارته القطع بمراده اما مع عدم القطع فمشكل وهكذا الكلام فى قبول قول المترجم عن المترجم عنه كما في مادة (٧١) نعم لو كان المترجم عادلا صدوقا امكن الاعتماد على ترجمته بناءً على حجية خبر الواحد فى الموضوعات كما هو الاقوى عندنا اما مادة (٧٢) لاعبرة بالظن المتبين خطؤه فهي مستدركة فان القطع المتبين خطؤه لا عبرة به فكيف بالظن نعم لو عمل المكلف بالامارة الشرعية كالبينة ونحوها وانكشف خطؤها ايضا ينقض ما بنى عليه من حكم وغيره .

(مادة ٧٣) لاحجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل

الامارات الشرعية كالبينة وخبر الواحد والاقرار غالبا اودائما تدور مدار حصول الوثوق وحصول الظن بمؤداها ولو نوعا ولا اقل من كونها منوطة بعدم الظن بخلافها فاذا حصل الظن بخلافها من امارة ولو حالية يشكل الاعتماد عليها والوثوق بها وبعبارة اجلى ان ادلة حجيتها قاصرة عن شمول مثل هذا النوع منها وذلك كالاقرار بالبيع مع قرائن قصد الحرمان فانه لاعبرة به وكشهادة الوكيل لموكله والاجير لمستاجره مع التهمة والوالد لابنه فان اطلاق ادلة البينة وان كان شاملا في الظاهر لجميع هؤلاء ولكن يمكن دعوى انصرافها اوقصورها عن موارد التهمة وهي

تختلف حسب اختلاف الموارد شدة وضعفاً وكل ذلك منوط بنظر الحاكم ووجدانه ومقدار وثوقه في المورد الخاص ولا عبرة بالتوهم كما في مادة (٧٤) وهو ايضا مستدرك وغني عن البيان واي حجية في الاحتمال المجرد عن الرجحان بل لا يمكن جعله حجة شرعا ولا عقلا لانه ترجيح بلا مرجح كما لو كان الوهم احد طرفي الشك او ترجيح المرجوح كما لو كان خلاف المظنون والامثلة واضحة و كثيرة .

(مادة ٧٥) الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان

وهذا ايضا ضروري وواضح فان الثابت بالبرهان العقلي او الحجة الشرعية او العيان والمشاهدة سواء في وجوب العمل ولزوم ترتيب الاثار وان اختلفت درجة العلم واليقين الحاصل منها نظير مايذكره بعض العرفاء في مراتب المعرفة من علم اليقين وحق اليقين وعين اليقين فلو اقر المدعى عليه بدين امام الحاكم اوثبت ذلك بخطه وتوقيعه فالجميع يصلح لان يكون مدركا لحكم الحاكم وان اختلفت المراتب وهذا واضح لا يحتاج الى مزيد بيان

(مادة ٧٦) البينة على المدعي واليمين على من انكر

هذا نص الحديث في بعض الروايات وهي قاعدة اساسية من القواعد الاسلامية وهي الركن الاعظم في باب الحكومة والقضاء فالمدعي هو المكلف باقامة البينة ولا تثبت دعواه بغيرها اصالة والمنكر يكفيه في رد دعوى المدعي اليمين اصالة ولا ينافي ذلك ان المدعي قد يتوجه عليه اليمين كما في اليمين المردودة والمنكر قد تقبل منه البينة كما في تعارض البينات

وفي باب التداعي والمراد بالبينة عند الشارع هو خصوص شهادة العدلين . وان كان اصل معنى البينة لغة كما يتبين به الامر المشتبه فمرور مائة سنة على المفقود بينة على موته ولكن لم يسمها بينة و يطلق عليها وعلى امثالها من القرائن الزمانية ا والمكانية ونحوها امارة ، وبمقتضى هذا الحديث ان اليمين لايكون على المدعي بحال وهو المحكي عن الحنفية وعند الامامية وباقي المذاهب ان المدعى عليه له ان يرد اليمين على المدعي كما انه لو نكل المدعى عليه عن اليمين ردها الحاكم على المدعي حيث يعجز عن البينة وفيما لو اقام المدعي شاهدا وعجز عن الثاني فانه يجبره بيمينه وذلك في خصوص الحقوق الماليه وبقية الكلام موكول الى محله من مباحث الفقه الواسعة .

(مادة : ٧٧) البينة لاثبات خلاف الظاهر واليمين لابقاء الاصل

هذه المادة كانها متممة للمادة السابقة في اعطاء الضابطة والتعريف للمدعي والمنكر وقد تكثرت الضوابط والتعاريف لهما ولعل الجميع يرجع الى معنى واحد وكان المجلة اعتبرت المدعي هو من يدعي خلاف الظاهر وكان من حق المقابلة ان يجعل المنكر من يدعي مايوافق الظاهر ولعلهم ارادوا بالظاهر هنا الاصل وان كان خلاف مصطلح الفقهاء فيكون المدار حينئذ في المدعي والمنكر على ماخالف الاصل ووافقه ولكنه لايطرد في جميع الموارد فان من ادعى عينا في يد آخر فصاحب اليد منكر اجماعا مع ان قوله ان العين له لايوافق الاصل نعم يوافق الظاهر ودعوى الخارج انها له تخالف الظاهر ضرورة ان اليد ظاهرة في الملكية وظهر بهذا ان كلا من الضابطتين اعني

الاصل والظاهر لا يصلح ان يكون ميزانا مطردا للمدعي والمنكر ولذا عدل بعضهم عن ذلك وعرف المدعي انه هو الذي لوترك ترك (بالفتح في الاول والضم في الثاني) وهو ايضا لا يشمل كثيراً من ابواب التداعي كما لو اتفق مثلا البائع والمشتري على ان الثمن عشرة واختلفا في ان المبيع ناقة او بقرة الى كثير من امثال هذا والاصح عندنا ان تمييز المدعي من المنكر منوط الى نظر الحاكم في القضايا الشخصية فقد يتميزان بمخالفة الاصل وموافقته . تارة وبمخالفة الظاهر وموافقته اخرى ، وقد يتميزان بغيرها احيانا ، وحينئذ يلزم كلا بوظيفته من بينة او يمين اما في باب الامانات فقد تنعكس القضية ويكون المدعى هو ماوافق قوله الاصل والمنكر ماخالفه فلو ادعى الودعي تلف الوديعة كان القول قوله بيمينه ومنكر التلف مدعيا مع ان قوله موافق الاصل ولكن عليه البينة وكذا في دعوى الرد يصدق الامين باليمين وعلى منكره البينة وان كان هذا الاخير محل خلاف كل ذلك للادلة الخاصة من ان الامين ليس عليه الا اليمين وتفصيل البحث موكول الى مواضعه وابوابه في الفقه .

(مادة : ٧٨) البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة

الفرق بين البينة والاقرار ان البينة جعلها الشارع طريقا نزل مؤداها منزلة الواقع في كل ماله من الاثار فاذا شهدت بطهارة ماء كان نجسا صار الماء بمنزلة مالو طهرته بنفسك فتشربه وتتوضأ به وترتب عليه كل ماللماء الطاهر من اثر وهكذا لو شهدت ان الدار لزيد فتشتريها منه وتملكها وتسترهنها منه الى غير ذلك اما الاقرار فلا نظر في ادلة اعتباره

الى الواقع بل غايته ان المقر يلزم باقراره بحديث اقرار العقلاء على انفسهم جائز اونافذ اما غير المقر فلا يلزم به ففيما لواقر زيد بزوجية هنـدله وانكرت هي فانه يلزم بآثار الزوجية من نفقة وغيرها ولا تلزم هي بشيء من آثارزوجيته اما لواقام البينة عليها اوحكم الحاكم فانها تلزم بجميع آثار زوجية ولا يبقى اي اثر لانكارهـا وسره ماذكرنا من اختلاف دليل الحجية والاعتبار فتدبره جيداً ومما ذكرناه علم مافى مادة (٧٩) المرأ مؤاخذ باقراره اي ان اقراره نافذ عليه وملزم به ومن احكام الاقرار ان الانكار بعده لايسمع فلو اقر بانه مديون لزمه فلو ادعى بعـد ذلك الايفاء طولب بالبينة .

(مادة : ٨٠) لاحجة مع التناقض لكن لايختل معه حكم الحاكم

كان هذه المادة ناظرة الى تعارض البينات والحق عندنا ان البينتين اذا تعارضنا فقد تعارض الحجتان لانهما سقطتا عن الحجيـة ولذا ننظر في المرجحات ونعمل بالراجح منهما نعم مع التساوي من جميع الجهـات يسقط العمل بهما لاشتباه الحجة بينهما وعلى كل فان تعارضتا قبـل الحكم لزم العمل بارجحهما وان ظهرت البينة المعارضة بعد الحكم فلا اثر لها نعم لو كذبت البينة نفسها اورجع الشاهدان عن شهادتهما لم ينقض الحكم وغرمت البينة ان كان الحكم بمال اوحق مالي فلو حكم الحاكم بالقصاص فاقتص الولي ثم رجعت البينة عن شهادتها فان قالت اخطأنا غرمت الدية وان قالت تعمدنا قتلا مما ورد الولي على ولي كل منهما نصف الدية

(مادة : ٨١) قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الاصل

المدار في الاحكام الشرعية سيما في باب الغرامات والضمانات على اسباب خاصته وموازين معينة فقد تقوم الحجة على الفرع فيثبت ولا تقـوم على الاصل فلا يثبت فلو ادعى رجل على آخر دينا وقلت للمدعي انا كفيله اوانا ضامن لهذا الدين ولكن المدعى عليـه انكر كنت انت الملزوم به وانت فرع دون المدعى عليه وهو اصل فتثبت الكفالة ولا يثبت الدين وذلك لحصول الحجة وهو الاقرار في الاول دون الثاني والنظائر كثيرة

﴿ مادة : ٨٢ ﴾ المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط

هذا ضروري والا لم يكن الشرط شرطاً وليعلم ان الشرط في لسان الفقهاء يطلق على معنيين متغايرين . (احدهما) مايعلق عليه العقد والايقاع (والثاني) مايتقيد به العقد او الايقاع والاول هو مايكون من قبيل جزء العلة التامة والثاني هو مايكون من نحو التعهد والالتزام وهذا هو الاكثر في باب المعاملات استعمالا في لسان الشارع والمتشرعة وهو قسمان وصف وهو المحقق الوقوع في الحال او الماضي او الاستقبال مثـل قوله بعتك ان طلعت الشمس غداً او ان كانت طالعة حالا وهكذا وهذه في الحقيقـة صورة تعليق لا تعليق حقيقي ، او حال وهو ممكن الوقوع فقد يقع وقد لا يقع مثل بعتك ان جاء ولدي غداً من السفر او عافى الله مريضي ونحو ذلك وهذا هو التعليق الحقيقي الذي اتفقت الامامية انه مبطل للعقود والايقاعات وانه لابد فيها من التنجيز لأن التعليق بهذا المعنى توقيف مضمون جملة على حصول جملة اخرى وحيث ان المعلق عليه غير حاصل فعلا فالبيع غير حاصل ايضا وحصوله بعد يحتاج الى عقد جديد والعمدة في دليل البطـلان هو

الاجماع ان تم والا فللمناقشة فيه مجال واسع ويظهر من المجلة عدم مانعية التعليق من صحة العقد والايقاع سواء كان واقعا اوممكن الوقوع وهو من حيث الاعتبار غير بعيد ولكن نقل الاجماع على بطلانه عند الامامية مستفيض هذا موجز الكلام في الشرط بمعنى التعليق (اما الشرط بمعنى التقييد فى العقد) الذي يرجع الى التعهد والالتزام فهو الذي اشارت له المجلة فى مادة (٨٣) يلزم مراعاة الشروط بقدر الامكان والشرط بهذا المعنى ينقسم باعتبارات شتى الى اقسام (اولها) ان الشرط تارة يكون ابتدائيا استقلاليا واخرى يكون تبعا ضمنيا فالاول مثل ان تقول شرطت على نفسي ان ادفع لك مائة دينار اي تعهدت لك بذلك وكاد ان ينعقد اجماع الاماميه بان مثل هذه الشروط الابتدائية لايجب الوفاء بها وان الشرط بهذا النحو وعد يستحب الوفاء به فان تم الاجماع تعبدنا به والا فللمناقشة فيه مجال والفرق بين الوعد والشرط يظهر بالتامل (والثاني) هو الالتزامات في ضمن العقود مثل بعتك داري واشترطت لك تعليم ولدك اوخياطة ثوبك اواشترطت لي خيار الفسخ الى كثير من امثال ذلك وبهذا المعنى قد فسر الشرط صاحب (القاموس) وهو من بعض اخطائه حيث قال ، الشرط الزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه ، ومن المتفق عليه عند عموم المذاهب لزوم مثل هذه الشروط في الجملة ولكن انما يلزم الوفاء بالشروط الصحيحة منها لامطلقا ، اما الفاسدة فهي لغو كما انها انواع (اولها) المستحيلات عقلا وعادة ويلحق بها مالا فائدة فيه من اللغو والعبث كما لو اشترط عليه ان يمشي على رجل

واحدة او يرفع يديه على رأسه مدة ايام (ثانيها) المحرمات شرعا ذاتية او عرضية [ثالثها] ماينا في مقتضى العقد مثل بعتك بشرط ان لا تملك وآجرتك بشرط ان لا تستوفي المنفعة اصلا لا مباشرة ولا تسبيبا فكل هذه الشروط باطلة بغير اشكال اما الاشكال في انها تمضي الى بطلان العقد ايضا ام لا والحق انها تختلف فالاخير يقتضي البطلان قطعا كما سيأتي دون الاولين فلو باعه مثلا بشرط ان يشرب الخمر بطل الشرط وصح العقد ثم الشرط بمعنى الالتزام تارة يكون عملا خارجيا واخرى وصفا داخليا فتارة يشترط له التعليم او الخياطة واخرى يشترط له ان يكون العبد المبيع كاتبا او الفرس اصيلا وتخلف الشرط في كلا الصورتين يوجب الخيار وهو المسمى بخيار تخلف الشرط وهذا ايضا موجز الكلام في الشروط بمعنى الالتزامات والتفصيل موكول الى محله في كتب الفقه ومنه ظهر الكلام في مادة (٨٣) المواعيد بصورة التعليق تكون لازمة . وفذلكة التحقيق هنا ان الوعد سواء كان معلقا او مجرداً لا يجب الوفاء به وجوبا فقهيا نعم يجب وجوبا اخلاقيا فان الوفاء بالوعد من اجمل مكارم الاخلاق ووعد الحر [كما يقال] دين اي يجب الوفاء به سواء كان ايضا مجرداً ام معلقاً فلو قال رجل لآخر بع هذا الشيئ من فلان وان لم يعطك الثمن انا ادفعه لك فلو لم يعطه الثمن فان كان الوعد بنحو الالتزام والتعهد وجب ان يدفع له والا فلا ، وهذا من منفرداتنا اما ظاهر المشهور فعدم الوجوب مطلقا فليتدبر .

﴿ مادة ٨٥ ﴾ الخراج بالضمان

الظاهر انها كلمة نبوية كقاعدة اليد وامثالها من جوامع كلمه القصار القليلة اللفظ الكثيرة المعنى والمراد بالخراج ما يخرج من العين من غلة ومنافع والظاهر ان الباء سببية يعني ان منافع العين تملك بسبب ضمانها ولازم هذا ان كل من عليه ضمان العين فمنافعها له غير مضمونة عليه وبهذا تمسك الحنفية لما ذهب اليه امامهم من ان الغاصب لا يضمن ما استوفاه من منافع العين المغصوبة لانه ضامن وضمان العين لا يجتمع مع ضمان منافعها ·

وحيث تظافرت إخبار الامامية عن أئمتهم ان الغاصب يضمن العين والمنفعة وصحيحة (ابي ولاد) عندهم مشهورة معروفة وقد تضمنت رد تلك الفتوى بابلغ بيان لهذا التزم فقهاؤهم بتاويل هذه الجملة المتقدمة فحملها بعض اعلام المتأخرين على ما حاصله بعد توضيح وتنقيح منا ، ان المراد بالضمان في النبوي هو الضمان الجعلي الاختياري ضرورة ان كل عاقل اذا ضمن ملك الغير وجعل غرامة تلفه عليه فانما يصتم ذلك بغرض استيفاء منافعه فالخراج يكون له بسبب ضمانه الاختياري لا الضمان القهري المجعول شرعا كضمان الغاصب ولا الضمان التبعي كضمان البائع درك المبيع والمشتري درك الثمن ضرورة ان البائع هنا مع انه ضامن المبيع ولكن منافعه ليست له بل للمشتري وهكذا في المشتري بالنسبة الى الثمن فان الخراج هنا ليس بالضمان قطعا نعم خراج الثمن للبائع بالضمان اي بضمانه لأن تلف الثمن عليه ومن ماله كما ان خراج المبيع للمشتري لانه ضامن له وتلفه يكون عليه ومن ماله فليس المراد الضمان القهري . ولا التبعي ولا الضمان التقديري كما في اعتق عبدك عني فان الضمان عليه ومنافع العبد ليست

له فتعين كون المراد هو الضمان الجعلي الاختياري كما في ضمان المعاملات والمعاطات فلا تصلح القاعدة دليلا على عدم ضمان الغاصب للمنافع ويمكن ان يكون المراد منها ان خراج العين بسبب ضمانها اي من كان تلف العين عليه ومن ماله فخراجها ومنافعها له فيكون محصلها ان خراج العين لمالك العين الذي لو تلف العين كان تلفها عليه ومن ماله فيكون مفادها مفاد مادة (٦٧) الغنم بالغرم اي غرامة العين وتلفها على من تكون له منافعها وغنيمتها وقد يعبر عنها بعبارة اخرى وهي من له الغنم فعليه الغرم ومن جميع ماذكرناه يتضح لك وجه القدح في مادة (٨٦) الاجر والضمان لايجتمعان ، والحق انهما يجتمعان ولا مانع من اجتماعهما عقلا وشرعا فالمقبوض بالسوم اوبالعقد الفاسد يضمن العين قابضها ويعطي اجرة مااستوفاه من منافعها وهكذا الغاصب ونظائره وكذا مافي — :

(مادة : ٨٧) الغنم بالغرم

وقد سبق ان من المعلوم كون منافع الشيء لايملكها الانسان الا اذا كان مالكا اومتلقيا من المالك فمعنى هاتين المادتين اوالثلاث ان المالك له منافع الشيء وغلته وعليه خسارته وغرامته واليها ايضا ترجع مادة [٨٨] النقمة بقدر النعمة وان كانت لاشيء عند التحقيق .

(مادة : ٧٩) الفعل ينسب الى الفاعل لاالامر مالم يكن مجبراً

هذه قاعدة اساسية محكمة يحكم بها العقل والشرع والعرف ويترتب على ذلك ان تبعات الفعل من قصاص اوضمان اوعقوبة فهي على الفاعل لاعلى الآمر وان ترتب على الآمر احكام شخصية اخرى لكونه آمراً لالكونه

فاعلا نعم قد يتحمل الآمر كل تبعات الفعل بحيث لا يكون شيئ منها على الفاعل اذا كان جاهلا وقد غره الآمر واغراه بقاعدة المغرور يرجع على من غره وكذا اذا كان صبيا او مجنونا وقد امره الرجل العاقل باتلاف مال غيره او حياته فانه وان رجع على الولي لكن الولي يرجع بالغرامة على الآمر اما لو كان الآمر ايضا صبيا فلا والى هذا ترجع .

(مادة : ٩٠) اذا اجتمع المباشر والسبب يضاف الحكم الى المباشر

ويلزم ان يستثنى من هذه الكلية مالو كان السبب اقوى من المباشر نظير ماسبق من كذب البينة فلو شهد اثنان لرجل بان فلان قتل اباك فقتله ثم تبين تزويرها فانهما يقتلان مع الرد ولا يقتل الفاعل لان السبب هنا اقوى من المباشر او قال له اسرق مال فلان والا قتلتك فسرقه فان الضمان على الآمر لانه اقوى من المباشر السارق وهكذا نظائرها وهي كثيرة

(مادة : ٩١) الجواز الشرعي ينافي الضمان

ينبغي ان تكون هذه المادة ناظرة الى الامانات الشرعية كاللقطة ومجهول المالك وقبض مال اليتيم المصلحة او الحفظ و كثير من امثال ذلك فانه قبض جائز شرعا والتصرف بغير تعدى مأذون به من الشارع ومع اذن الشارع لاضمان لو تلفت بغير تعد او تفريط واذن الشارع ان لم يكن فوق اذن المالك فليس هو باقل منه ، والحاصل ان كلا منهما مسقط الضمان وقد غفل بعض الشراح عن هذه المادة ومثل لها بامثلة لاعلاقة لها بهذه القاعدة اصلا .مثل مالو حفر احد في ملكه حفرة فسقط فيها دابة فهلكت فلا ضمان على صاحب الحفرة فان الضمان هنا لامقتضي له اصلا ضرورة

ان تلف الدابة لايستند الى صاحب الحفرة لامباشرة كما هو واضح ولا تسبيبا لان الانسان له ان يتصرف في ملكه كيف شاء، نعم لوحفرها في غير ملكه اوفي شارع عام امكن ان يلزم بالضمان وان يكون هو السبب ان لم يكن اهمال من صاحب الدابة وعلى كل فينبغي ان يكون موضوع المادة ما كان مقتضى الضمان موجوداً ولكن الاذن الشرعي يرفع الضمان كما في الامانات فان وضع اليد على مال الغير يقتضي الضمان ولكن الاذن الشرعي اوالمالكي يرفعه فلايجتمع الضمان والجواز فتدبره جيداً .

(مادة : ٩٢) المباشر ضامن وان لم يتعمد

هذه المادة هي قاعدة الاتلاف التي يعبر عنها فقهاؤنا (بان من اتلف مال غيره فهو له ضامن) وتفترق هذه عن قاعدة اليد المشهورة بان هذه ناظرة الى التلف تحت اليد وتلك الى الاتلاف وان لم يكن تحت اليد فبينهما عموم من وجه يجتمعان ويفترقان والاتلاف والتلف يوجبان الضمان في الجملة وان لم يكونا عن عمد ولكن بنحو الاقتضاء وهذه القاعدة تستفاد من جملة من الاخبار والامثلة كثيرة لاتخفى ولا يشترط في الاتلاف العمد نعم يشترط ذلك في التسبيب فالمسبب للتلف ان كان متعمدا ضمن بلا اشكال والا فان اسند الفعل اليه عرفاً كان ضامنا والا فلا.

اما التعدي اي عدم الاذن الشرعي اوالمالكي فهو شرط في جميع اسباب الضمان والى قضيـة التسبيب اشارت مادة (٩٣) المتسبب لايضمن الا مع العمد .

(مادة : ٩٤) جناية العجماء جبار

هذه المادة على الظاهر مضمون حديث او نصه وفي بعض كتب الحديث (جرح العجماء جبار) والمعنى واحد والعجماء هي البهائم لكن اذا كانت البهيمه مملوكة واهملها صاحبها حتى دخلت دار قوم اوزرع آخرين فاتلفته فانه ضامن لان السبب هنا اقوى من المباشر وهـذا من موارد ضمان السبب وان لم يكن متعمدا لان التلف كان من فعله ويسند اليـه والدابة كالآلة ومن هنا يظهرعدم صحة الاطلاق في المادة السابقة وهي ان المتسبب لايضمن الا مع التعمـد نعم لوان شخصين ربط كل منهما دابته الى جنب دابة الآخر في فلاة اوفي المنازل العامة كالخانات فاتلفت احداهما الاخرى وكذ لو ربطها مالكها فافلتت واضرت فلا ضمان .

(مادة ٩٥) الامر بالتصرف في ملك الغير باطل

يعني حيث لاولاية له على ذلك المال اما لو كان له ولاية كمتولي الوقف اوولي اليتيم اوحاكم الشرع في مال الغائب وامثال ذلك فالامر بالتصرف صحيح ونافذ شرعاً وبالجملة فالبطلان يدور مدار العدوان فهذه المادة ترجع الى التي بعدها .

(مادة : ٩٦) لايجوز لاحد ان يتصرف فى ملك الغير بغير اذن،

ولو قال بغير اذنه اواذن الشارع لاغنت ايضاً عن المادة التي بعدها (لايجوز لاحد ان يأخذ مال احد بلا سبب شرعي) وكلها ترجع الى

مفاد الحديث النبوي (لايحل مال امرئ الا بطيب نفسه) بعد قوله تعالى (ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل) وامثالها التي حرم الله سبحانه فيها الاثم والبغي والعدوان والامثلة واضحة كثيرة واظهرها موارد الغصب والسرقة والرشوة . وقد مثل لها بعض الشارحين بما اذا صالح عن الدعوى فظهر انه لاحق له بتلك الدعوى اصلاً فان الصلح باطل ويسترد بدل الصلح ففيه مع انه ليس من امثلة مانحن فيه والبدل قد دفعه المصالح بطيب نفسه نمنع بطلان الصلح فانه وقع لاسقاط الدعوى لا للحق الواقعي وهو واضح فتدبره جيداً

(مادة : ٩٨) تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات

هذا التعبير لا يفصح عن الغرض المقصود بهذه المادة وهي ان الاسباب الشرعية مؤثرة كتأثير الاسباب الواقعية فكما انه لو وهب ماله لشخص وتلف المال لاسبيل له الى الرجوع بما وهب لزوال الموضوع فكذلك لو باع المتهب المال لم يبق للواهب حق الرجوع فيما وهب لانتقاله عنه اي هو كتلفه وكذا لو باع عينا بخيار وباعها المشتري من آخر بغير خيار فانه لايبقى للبائع الاول حق الرجوع ولو فسخ رجع بالمثل او القيمة كما لو تلفت العين

(مادة : ٩٩) من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه

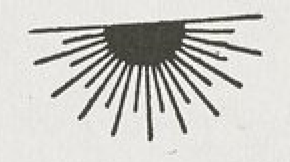
اظهر مثال لهذه المادة ـ الوارث اذا قتل مورثه ليستعجل في ارثه فانه يحرم شرعاً من الارث عقوبة له بحرمانه ما استعجل فيه وكذا لو قتل الموصى له الوصي في وجه وكذا من طلق زوجته في مرض موته

كي لاترث منه فانها ترثه لو مات فى الحول ولو بعد خروجها من العدة وكذا لوحابى احد ورثته ببيع اوهبة بقصد حرمان الباقين فانها تبطل على الاصح نعم يستثني من هذه المادة مالوقتل الدائن مدينه بدين مؤجل كي يتعجل فانه يحل على قاعدة الديون المؤجلة التى تحل بموت من هي عليه ومقتضي المادة ان لايحل وكذا فى منجزات المريض من بيع ونحوه محاباة لابقصد الحرمان فانها تصح سواء قلنا بخروجها من الثلث اومن الاصل وقد يعثر المتتبع على غير ذلك من الامثلة في المستثنى والمستثنى منه .

(مادة : ١٠٠) من سعى في نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه

هذه المادة اشبه بان ترجع الى قاعدة عدم نفوذ الانكار بعد الاقرار اوالى اصالة الصحة فيعمل المسلم اومطلقاً اوماشبه ذلك من الاصول والقواعد وليست هي قاعدة برأسها فان الواهب له ان يرجع بهبته وقد تم من جهته الى كثير لايحصى من امثال ذلك ، نعم لوباع ثم ادعى فساد المبيع لم يقبل منه ولكن لالهذه القاعدة بل لاصالة الصحة في فعل العاقل وكذا لواقر بدين ثم ادعى الاشتباه فانه لايسمع لقاعدة (لا انكار بعد الاقرار) وهكذا وبالجملة نقض الانسان لعمله او قوله يختلف في القبول وعدمه باختلاف الموارد والاصول والقواعد الجارية في كل مورد بحسبه ، هذا موجز القول فيما ذكرته المجلة من القواعد العامة وقد اتضح لك جلياً ان بعضها يدخل في بعضها وبعضها مستدرك لايترتب عليه اثر .

اما القواعد الاساسية منها التي تصلح لان تكون مدركا ودليلاً على كثير من ابواب المعاملات والايقاعات فهي كما نتلوهـا عليك واليك بيانهـا .



(١) العبرة في العقود للمقاصد والمعاني ، لا للالفاظ والمباني

لعل المراد بهذه المادة ان الالفاظ تتبع ماار يد وقصد منها لا ماهي دالة عليه بحسب وضعها التعييني اوالتعيني فلفظ بعت مثلا وان كان دالا بالوضع والاستعمال على نقل الاعيان ولكن لوار يد منه نقل المنافع بدل الاجارة الموضوعة لذلك كان الاعتبار بما قصدو اراد ولومجازا اوغلطا لا بما هو مدلول اللفظ بحسب وضعه

ولكن التحقيق عندنا وهو الظاهر من بعض النصوص ومتون فقهائنا ان العقود يلزم فيها استعمال الالفاظ الصريحة الدالة على معانيها بالوضع والمطابقة فلا يصح فيها المجاز والكناية فضلا عن مخالفة الوضع الشخصي اوالنوعي واستعمال البيع في الاجارة قد لايكون صحيحاً لاحقيقة ولا مجازا فيكون غلطا ويقع العقد المزبور مثلا باطلا ، نعم لاريب انالقصود هي الركن الاعظم فى العقود ولكن بقيد الالفاظ الخاصة الموضوعة للدلالة عليها المتحدة بتلك المعاني اتحادا جعليا لا بالالفاظ الغريبة عنها . اذمن المعلوم ان للفظ انسا وملابسة مع المعنى الموضوع له المستعمل فيه ونفورا ووحشة من المعنى الغير الموضوع له ، وعلى كل فالصراحة اللازمة سيمافى العقود اللازمة توجب استعمال الالفاظ الدالة على المعاني المقصودة بالوضع والمطابقة · لا بالمجاز والكناية فضلاعن الغلط · فاللازم ان تكون المادة هكذا :

العبرة في العقود للمقاصد والمعاني · مع الالفاظ والمباني

وقد تقدم بعض البحث فيها فى اول الكتاب

(٢) قاعدة الاستصحاب وهي ابقاء ما كان على ما كان ودليلها اخبار لاتنقض اليقين بالشك واليها ترجع المواد الثلاث ٤ـ٥ـ٦ـ بل مادة ٨ـ١٠ بل و١١

(٣) اصالة البرائة التي تنفرد عن الاستصحاب من بعض الوجوه

(٤) قاعدة لاضرر ولاضرار ، واليها يرجع عشر مواد او اكثر

(٥) اصالة الحقيقة ، (٦) المشقة تجلب التيسير

(٧) دفع المفاسد اولى من جلب المنافع

(٨) ماحرم اخذه . حرم اعطاؤه

(٩) ماحرم فعله · حرم طلبه

(١٠) العادة محكمة ـ ولكن فى الجملة كما عرفت ومثلها تغير الاحكام بتغير الزمان · ومثلها ·

(١١) العبرة للغالب الشايع

(١٢) الممتنع عادة كالممتنع حقيقة

(١٣) اذا تعارض المقتضي والمانع يقدم المانع

(١٤) التابع تابع · هذه المادة مجملة · ولعل المراد بها ان التابع في الوجود تابع في الحكم وقد عرفت انه لا يطرد

(١٥) اذا سقط الاصل سقط الفرع

[١٦] الساقط لايعود كما ان المعدوم لايعود

(١٧) اذا بطل الاصل يصار الى البدل

(١٨) يغتفر في التوابع مالا يغتفر في غيرها

(١٩) البقاء اسهل من الابتداء

(٢٠) لايتم التبرع الا بالقبض

[٢١] التصرف على الرعية منوط بالمصلحة

[٢٢] الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان

(٢٣) البينة على المدعي واليمين على المنكر

(٢٤) البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة

(٢٥) الولاية الخاصة اقوى من الولاية العامة

(٢٦) اعمال الكلام اولى من اهماله

(٢٧) ذكر مالايتجزء كذكر كله

(٢٨) المطلق يجري على اطلاقه

(٢٩) الوصف فى الحاضر لغو وفي الغايب معتبر

(٣٠) الكتاب كالخطاب عند فقهآء المذاهب لاعند الامامية

(٣١) اشارة الاخرس بيان

(٣٢) لاحجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل

(٣٣) المعلق على شرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط

(٣٤) يلزم مراعاة الشرط بقدر الامكان

(٣٥) الخراج بالضمان

(٣٦) الغنم بالغرم ، (٣٧) الفعل ينسب الى الفاعل لا الآمر مالم يكن مجبرا

(٣٨) اذا اجتمع المباشر والسبب يضاف الحكم الى المباشر

(٣٩) الجواز الشرعي ينافي الضمان

[٤٠] المباشر ضامن وان لم يتعمد

(٤١) المتسبب لايضمن الامع العمد

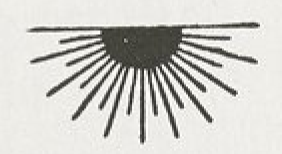
[٤٢) جناية العجماء جبار

﴿ ٤٣ ﴾ لايجوز التصرف بمال الغير بغير اذن

﴿ ٤٤ ﴾ تبدل سبب الملك يقوم مقام الذات

﴿ ٤٥ ﴾ من استعجل الشئ قبل اوانه . عوقب بحرمانه .

هذه مهمات القواعد التي ذكرتها ﴿ المجلة ﴾ وماعداها فتكرار اومتداخل اوعديم الفائدة ، والعجب ان مؤلفيها مع انهم من افاضل علماء عصرهم ذكروا جملة من المواد العديمة الجدوى اوالقليلة الفائدة واهملوا جمهورا من القواعد المهمة التي هي دعائم مباني العقود والايقاعات وابواب المكاسب والمعاملات ، ونحن نذكر منها مايحضرنا على عفو الخاطر والعتيد في الذهن ، كاستدراك على مواد المجلة من دون استقصاء واستقراء . وقد يجد المتتبع اكثر منها واليك بيانها وتندرج في فصول .



(الفصل الاول)

(في قواعد البيع وسائر العقود)

١ - كل جملة لايحصل أثرها الا باخرى من آخر فهي عقد والا فايقاع اواذن .

هذه ضابطة التمييز بين العقد والايقاع وهي مطردة في الغالب وقد وقع الخلاف في بعض الانواع انها عقد او ايقاع كالجعالة والوديعة والوصية في بعض الاعتبارات ولعل منشأ الشك او الخلاف هو عدم لزوم القبول اللفظي فيها وكفاية القبول الفعلي او كل مادل على الرضا بالايجاب كما هو الشأن في جميع العقود الجائزة .

على ان الثمرة بين كون المعاملة عقدا او ايقاعا نادرة مثلا - الوديعة . امانة مالكية فان كانت عقدا فهي عقد جائز من الطرفين فللودعي ان يعزل نفسه ويحلها فتنقلب امانة شرعية يجب المبادرة الى ردها وان كانت ايقاعاً فهي اذن مجرد وليس له عزل نفسه بل تبقى امانة مالكية حتى يستردها المالك او يردها الودعي متى شاء ، وعلى كل فالبحث في ذلك قليل الجدوى .

٢ - : كل عقد يحتاج الى ايجاب وقبول لفظيين مع التوالي بينهما .

٣ - : كل ايجاب فقبوله بعد موت الموجب باطل الا في الوصية .

٤ - : كل من له القبول اذا مات قبله بطل الا في الوصية فان حق

القبول ينتقل الى وارثه .

٥ ـ : اصالة الازوم في العقود

فكل عقد شككنا ان الشارع جعله لازما اوجائزا نبني على لزومه واذا علمنا بانه ذونوعين جائز ولازم وشككنا ان العقد الذي وقع هل هو من الجائز او اللازم نبني على انه من اللازم فاذا شككنا ان البيع الذي جرى بين زيد وعمرو هل وقع خيار اً املا ، نحكم بعدم الخيار حتى يثبت خلافه بدليل وهكذا في سائر الموارد .

كل ذلك لاصالة الازوم في العقود المستفادة من عموم قوله تعالى (اوفوا بالعقود) و (تجارة عن تراض) وامثالها من الكتاب والسنة وهذا اصل نافع في جملة من العقود التي يشك في لزومها وجوازها . مثل عقد المزارعة والمساقاة وعقد القرض وغيرها فان قام دليل بالخصوص على جوازها فهو المتبع والا فاصالة الازوم في العقود تقضي بالحكم بلزومها

٦ - : اصالة الصحة في العقود

وينفع هذا الاصل ايضاً في الشبهة الحكمية والموضوعية فلو شككنا ان عقد المغارسة اوالمسابقة المستعمل عند العرف قديماً وحديثاً هل هو صحيح شرعاً ام فاسد اي امضاه الشارع املا بنينا على صحته لعموم قوله تعالى (اوفوا بالعقود) وامثالها ولو شككنا ان بيع زيد داره من عمرو كان صحيحاً امفاسدا بنينا على صحته لاصالة الصحة ،

ولعل هذا الاصل يرجع الى اصل اوسع منه وهو اصالة الصحة في عمل

المسلم بل في عمل العقلاء فان الاصل في كل عاقل ان لا يرتكب العمل الفاسد وان لا يأتي إلا بالعمل الصحيح غايته ان الاصل في المسلم ان لا يعمل إلا الصحيح في دينه كما ان غيره يعمل الصحيح فى عرفه وتقاليده وهذا الاصل مع انه اصل عقلائي قد ايدته الشريعة الاسلامية بالاحاديث الكثيرة المتضمنة لمثل (احمل اخاك على احسن الوجوه ولا تظن به الا خيرا) .

ويؤيده سيرة المسلمين المستمرة فانهم لا يفتشون عن المعاملات الواقعة من المسلم في بيعه وشرائه واجارته وزواجه وطلاقه وامثالها سواء كانت مع مسلم اوغيره بل يبنون على صحتها ويرتبون آثار الصحة عليها اجمع الافى مقام الخصومات فيرجع الامر هناك الى الايمان والبينات . فهذا اصل واسع نافع يجري حتى فى العبادات والطاعات فضلا عن العقود والمعاملات وهو القاعدة السابعة ،

٧ ـ : اصالة حمل المسلم على الصحيح — بل العاقل مطلقاً

نعم يقع البحث والكلام في حدودها وقيودها ومقدار مفادها ومواردها .

٨ — . كل مبيع تلف قبل قبضته فهو من مال بائعه

يعني ان خسارته على البائع لا المشتري و يكون العقد مفسوخاً قهرا كان لم يكن ولازم الفسخ رجوع كل مال الى صاحبه و يكون تلفه عليه والفسخ اما من حينه او من حين التلف وتظهر الثمرة في النماء بين العقد والتلف فعلى الاول للبائع وعلى الثاني للمشتري

٩ - : لا بيع إلا في ملك ،

١٠ - : لا وقف إلا في ملك ،

١١ - : لا عتق إلا في ملك

١٢ - : لا رهن إلا في ملك

هذه القواعد الاربع مسلمة عند فقهاء الاسلام اجمع على الظاهر ، ولا يقدح في الاولى مثل بيع الفضولي والولي والوكيل فانهم يبيعون المالك نعم يشكل في بيع الغاصب لنفسه اذا اجازه المالك له او لنفسه ويندفع بان الاجازة ان كانت هي الناقلة فلا اشكال وان كانت كاشفة فهي تكشف عن وقوع العقد للمالك لا للغاصب فليتأمل وربما يشكل ايضاً في الثالثة بان الرجل لا يملك عمودين فكيف لو اشتراهما ينعتقان عليه وفي مثل اعتق عبدك عني ويندفع بان الاصحاب التزموا حفظاً لهذه القاعدة ان لا تنخرم بتحقق الملكية آناً ما بحيث لا تسع غير العتق فبالشراء يملك اباه ثم ينعتق عليه قهراً قبل ان يتصرف اي تصرف بهذا العقد وكذا في الامر بالعتق فان المالك اذا اراد عتقه عن الآمر يكون قد نقل العبد اليه واعتقه بالوكالة عنه وبالجملة فهذه القواعد عندنا محكمة مطردة ولا استثناء لها وكلما ورد في الشرع مما هو ظاهر في خلافها فلابد من تأويله ورده اليها ، نعم يشكل الامر في القاعدة الاخيرة [لا رهن الا في ملك] في استعارة العين للرهن كما هو المتعارف حتى في هذه العصور والظاهر انه من المتفق على جوازه وتطبيقه على القواعد قد يعد من معضلات الفن حتى ان بعضهم التزم بانه ضمان محض وهو واضح

الضعف فان الضمان نقل مال من ذمة الى ذمة او اشتراك الذمم بعهدة المال وذمة المالك المعير لم تكن مشغولة ولم تصر بعد العارية مشغولة ويمكن التفصي عن الاشكال بان مفاد القاعدة هو اعتبار الملك في الرهن فلا رهن الا في ملك اي في مال الراهن والراهن هنا اي في العارية هو المالك المعير لا المديون المستعير ولا مانع من ان يرهن الانسان مال نفسه على دين غيره تبرعاً ، انما الممنوع ان يرهن مال غيره على دين نفسه ·

فهو رهن حقيقة · وعارية صورة .

وادق من هذا واعمق ـ ان المالك كما ان له ان يجعل ذمته مشغولة بدين الغير فيكون ضمانا بمعناه المعروف و يصير المال في عهدته · كذلك له ان يجعل ماله مشغولا بدين غيره و يكون دين الغير في عهدة ماله بحيث لو عجز المديون عن الوفاء يكون ماله المرهون هو الذي يفي عنه فهو قد يرجع بعض الاعتبارات الى الضمان المصطلح ولكن ضمان ذمة المال ، لا ضمان ذمة الرجال ، ويصح ان تقول ـ للرجل تارة ان يجعل المال في ذمته واخرى يجعل ذمته في ماله ، وعلى هذا فان شئت فسمه ضمانا اوعارية اورهنا ولا مشاحة في التسمية ،

فتدبره واغتنمه فانه من منفرداتنا · ولله المنة ·

(١٣) كلما يصح بيعه تصح هبته ، وكلما لا يصح بيعه لا تصح هبته

طرد هذه القاعدة مما لا اشكال فيه في الجملة ضرورة ان البيع مخصوص بالاعيان المالية وجميع الاعيان المالية يصح هبتها فالقاعدة الاولى موجبة كلية مطردة ولكن عكسها غير مطرد فان المنافع لا يصح

بيعها ولكن تصح هبتها، ولو صح بيعها لم يكن فرق بين البيع والاجارة ، كما ان كلية الاولى قد تشكل في مثل السلم فان الكلي الموصوف يصح بيعه ولا يصح هبته ،

(١٤) كلما صحت اجارته صحت عاريته ، ومالا يصح — لا يصح

الظاهر ان هذه القاعدة صحيحة مطردة في عكسها وطردها فان متعلق الاجارة والعارية وان كان هو العين ولكن باعتبار المنافع فكل عين يصح اجارتها لمنافعها صحت اعارتها لذلك وكذا العكس نعم قد يشكل في العين الموقوفه ضرورة انه يصح اجارتها ، ولا يصح اعارتها و يندفع — اولا . بمنع عدم صحة اعارتها فان للمرتزقة ان يعيروها لمن شاؤا كما ان لهم ان يهبوا منافعها لمن ارادوا . وثانياً . لو سلم عدم الجواز فهذا امر عرضي والقاعدة تنظر الى الاشياء بعناوينها الاولية لا التي تلحقها ثانياً وبالعرض فليتدبر .

(١٥) كلما صح بيعه صح رهنه — ومالا — فلا —

هذه الكلية مسلمة في طردها لا اشكال فيها لان البيع كما عرفت يختص بالاعيان وكل عين ذات مالية — يصح بيعها كما يصح رهنها . اما الكلام في عكسها وهي ايضاً مسلمة بناء على المشهور من عدم صحة رهن المنافع نعم يبقى الاشكال في الدين فانه يصح بيعه ولا يصح رهنه ، لاختصاص الرهن عندهم بالاعيان الخارجية ولذا جعلوا القبض شرطا في صحة الرهن عند بعض وفي لزومه عند آخرين واستدلوا بقوله تعالى (فرهان مقبوضه) وفي الخبر : لا رهن الا مقبوضا فتكون القاعدة مطردة في عكسها لا في

طردها لأن الرهن حينئذ اضيق دائرة من البيع وفي هـذه القضيـة ابحاث دقيقه ، وتحقيقات وسيعة ، لامجال لذكرها في هـذا المختصر ، وخلاصة ماعندنا فيها من التحقيق ان القبض لانراه شرطـا فى الرهن اصلا لافى صحته ولافي لزومه والمراد بالقبض في الآية والخبر اعتبار كون الرهن عينا صالحة للقبض فعلا اي حين العقد فاذا وقع ايجاب الرهن وقبوله وجب على الراهن تسليم العين المرهونة الى المرتهن وثيقـة على دينه كما يجب في البيع تسليم المبيع بعد العقد فالقبض من آثار العقد لا من شروطه ولا يكفي في الرهن كونها عينا فقط وان لم تكن صالحة للقبض فعلا كما في البيع ومن هنا يتجه امكان القول بصحة رهن الدين اذا كان حالا او اشترط حلوله بحيث يمكن قبضه حين الرهن فاغتنم وتدبر .

(١٦) كلما يكال او يوزن لا يصح بيعه قبل قبضة

وخصه الاكثر بالطعام لما روي عن النبي انه قال (من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه) وعلله بعض فقهاء الجمهور بضعف الملك قبل القبض لانه لو تلف انفسخ البيع بقاعدة كل مبيع تلف قبل قبضه المتقدمة فيتوالى الضمانات في شيء واحد ·

وفي هذه القضية اقوال كثيرة ومباحث طويـلة موكولة الى محلها

(١٧) الاصل في العقود الحلول الامع الشرط في غير الربوي

يعني اذا باع داره بمائة دينار مثلا واطلق او آجرها كـذلك فالاصل يقتضي تسليم الثمن نقداً الاان يشترط تأجيلها الافي الربويات فان التأجيل يبطلها فلو باعه منا من الحنطة بمثلها او بمن من الشعير الى شهر

اوسنة بطل . لأن الربويات يجب بيعها مثلا بمثل يدا بيد وكذا في الصرف ونظايره مما يجب فيها التقابض في المجلس ويبطلها التأجيل ،

(الفصل الثاني في احكام الشروط)

(١٨) الشرط جائز بين المسلمين الاماحل حراما او حرم حلالا

هذه من النبويات ايضا ومثلها

(١٩) المؤمنون عند شروطهم الاماخالف كتاب الله

(٢٠) الشرط املك عليك ام لك

وهذه توضح المراد من الجواز في الاولى و (عند شروطهم في) الثانية وان المقصود منه هو النفوذ واللزوم (جاز بمعنى نفذ) لا الجواز بمعناه المعروف . ومعنى كون المؤمن عند شرطه انه لاينفك عن شرطه ولايتخلف عنه بل هو ملتزم به ابدا . وفي تعليق الظرف على المؤمن واسناده اليه اشارة الى ان الايمان يلازم الوفاء بالعهد والالتزام وان من لايفي بعهده فليس بمؤمن ،

وبالجملة فهاتان الجملتان من جوامع كلمه صلوات الله عليه

ويقع البحث والنظر في فقه الحديثين وان المراد بما خالف كتاب الله اواحل حراما اوحرم حلالا ــ ماذا ــ هل هو تحليل الحرام بمعنى التشريع مثل ان يشترط عليه ان يجعل شرب الخمر المحرم على المكلف

حلالاله . اويشترط عليه ان يشرب الخمر على حرمته و يتفرع على هذا انه لوشرط بايع الجارية على المشترى ان لايطأها اولا يمسها ونحو ذلك اوشرطت الزوجة فى عقد النكاح على الزوج ان لايطلقها او لايتزوج عليها ونحو ذلك ، فهل مثل هذه الشروط باطلة لانها تحرم حلالا اولا بل المراد تحريم الحلال الذي علم من الشرع عدم صلاحيته للتغيير وعدم تأثير شئ عليه مثل الارث والتسري والتزويج باكثر من واحدة فلو شرطت عليه ان لايورث اولاده اولايتسرى اولايتزوج بغيرها . كان باطلا لانه يحرم حلالا غير صالح لان يتغير بالشرط بخلاف اشتراط ان لايسافر بها اولايخرجها من بيت ابيها وامثالها من المباحات ذاتا وتكون بالشرط واجبة الفعل اوالترك والا لبطلت الشروط ولم يبق لها مورد . وللفقهاء في هذه المشكلة مباحث مطوله وآراء متضاربة شحنوا بها مطولاتهم . وزبدة ماعندنا من الحل فيها بعد الغربلة والتمحيص — ان اشتراط شئ من المحرمات الذاتية او العرضية كما لو باعه واشترط عليه شرب الخمر اومخالفة النذر اوالصيد في الاحرام اووطئ زوجته الحائض نظائر ذلك فهو باطل بلا اشكال لانه شرط يحلل حراما ثم اختلفوا انه يبطل العقد اولا : وقد عرفت ان الاصح ان مثل هذه الشروط الباطلة غير مبطلة ، واما اشتراط ترك شئ من المباح كترك الطلاق اوترك الزواج اوعدم السفر، وما الى ذلك من انواع الحلال فله صورتان (الاولى) ان يكون متعلق الشروط ذوات الافعال مع قطع النظر عن احكامها . بان يشترط في العقد نفس الفعل اوعدم الفعل

فيكون الفعل اوعدمه لازما بالشرط وان كان مباحا بالذات مثل ان تشترط عليه ان لا يطلقها اولا يتزوج عليها . وامثال ذلك (الثانية) ان يكون متعلق الشروط الافعال باعتبار مالها من الاحكام شرعا تكليفا اووضعا فيكون الغرض من الشرط في الغاية قلب الحكم الشرعي وتغييره فتكون الشروط على هذا مشرعة مثل ان تشترط في عقد النكاح ان يجعل الزواج بغيرها اوطلاقها حراما عليه اويجعل ارثها ثلثا من تركته لاربعا اوثمنا الى امثال ذلك من الشروط المغيرة لنفس الحكم الوضعي اوالتكليفي وهذه هي الشروط التي تحرم الحلال وتخالف كتاب الله وشريعة الاسلام لا الذي هو على الصورة الاولى والا لكانت الشروط كلها باطلة ولم يبق للشروط الصحيحة مورد كما سبق ·

(٢١) كل شرط تقدم العقد اوتأخر فهو باطل

الشروط المتفق على لزومها بلزوم العقد بعد فرض صحتها ويكون تخلفها موجبا للخيار هي التي تقع في ضمن العقد · اما التي تتقدم فان وقع العقد مبنيا عليها كما لوقال بعتك على الشروط المتقدمة لزمت وكانت كالمذكورة في العقد · واما التي تتأخر بعده بفاصل معتدبة بحيث يكون منفصلا عن العقد فلا اثر لها ولا ترتبط بالعقد اصلا

(٢٢) شرط الله احق واسبق والولاء لمن اعتق

هذه ايضاً من النبويات قالها صلوات الله عليه لما اشترت عايشة بريره واشترط مواليها ان لهم ولاءها عند عتقها فقال (ص) : شرط الله احق واسبق ، والولاء لمن اعتق ·

يعني ان هذا شرط يخالف ماشرعه الله في طبقات الارث فان اسباب الارث نسب اوسبب والسبب اما مصاهرة او ولاء او امامة والولاء هو ولاء المعتق ،ولا يمكن ان يتغير بالشرط فيكون لغيره كما لاتتغير سائر اسباب الارث

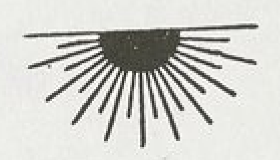
(٢٣) شرط الواقف كنص الشارع

هذه القاعدة ماخوذة من الحديث المشهور الوقوف على مايوقفها اهلها يعني انه يجب الاقتصار عليها وعدم التعدي حسب الامكان فلولم يمكن او كان في الاقتصار ضرر على الوقف اوالمرتزقة جاز التعدي عنها على خلاف بين الفقهاء لامحل لذكره

(٢٤) كل عقد شرط فيه خلاف مايقتضيه فهو باطل

لااشكال في ان الشرط الذي ينافي مقتضى العقد باطل بل و يبطل العقد لانه يستلزم عدم الجزم بمضمون العقد ، انما الكلام والبحث فى تشخيص منافي مقتضي العقد من غير المنافي وتعيين الضابطة الكلية في المقام فلو باعه العبد وشرط ان لايعتقه اوباعه الدار وشرط عليه ان لايبيعها اولايرهنها، وامثال ذلك مما يسلب سلطنة المالك عن بعض التصرفات فانها شروط صحيحة اتفاقا مع انها تنافي مقتضى العقد و (التحقيق) ان المراد بالمنافي الذي يبطل ويبطل العقد هو ماينافي جوهر العقد وحقيقته مثل ان يبيعه بشرط ان لايملك او بشرط ان لايتصرف اصلا اوآجره الدار بشرط ان لا يتصرف في منافعها فان مثل هذه الشروط تعود الى ابطال صميم العقد وتؤدي الى شبه التناقض

ومرجعها الى اني بعتك وما بعتك وآجرتك وما آجرتك ، اما لو باعه واشترط عليه ان لا يبيع اولا يرهن اوآجره واشترط عليه ان لا يؤجر وامثالها فهي لا تنافي صلب العقد وحقيقته وانما تنافي اطلاقه يعني ان العقد اذا اطلق كان له السلطنة التامة المطلقة على المبيع ولو قيد كان له السلطنة المقيدة امالو سلبه مطلق السلطة بطل والفرق واضح بين مطلق السلطنة والسلطنة المطلقة والشرط بالنحو الاول باطل وبالنحو الثاني صحيح وهذا فى كثير من العقود واكثر الشروط واضح ، والتمييز بينهما بين ولكن قد يشكل فى كثير من المقامات مثل مالو تزوجها بشرط ان لا يطلقها فانه شرط صحيح ولا ينافي مقتضى العقد بل ينافي اطلاقه ولو تزوجها بشرط ان لا يطأها ابدا ففي مثل هذا الشرط يقع الاشكال فى انه مناف لجوهر العقد وحقيقته اولا طلاقه ، وفي امثال هذا تظهر فقاهة الفقيه وقوة استنباطه ودقة نظره ولطف قريحته .



(الفصل الثالث)

في القواعد المختصة بالخيارات واحكام الخيار

(٢٥) البيعان بالخيار مالم يفترقا . فاذا افترقا وجب البيع

هذه ايضاً من النبويات المتسالم على صحة روايتها عند عامة المسلمين ولعلها من المتواتر و يثبت بها اول خيار فى عقد البيع وهو خيار المجلس الذي اتفقت عليه الامامية واكثر المذاهب استناداً الى ان ظاهر الافتراق هو التفرق بالابدان وهو المتبادر منه لغة وعرفا فيكون معنى الحديث ان البائع والمشتري لهما الخيار بعد اجراء العقد الى ان يفترقا ومادام مجتمعين في مجلس العقد فالخيار باق لهما فاذا تفرقا صار البيع لازما لاخيار فيه من هذه الجهة وعليه فلامجال لانكار خيار المجلس وحمل الحديث على معنى بعيد لا يساعد عليه عرف ولا لغة

(٢٦) المعيوب مردود

تومي هذه القاعدة الى خيار العيب و يمتاز عن سائر الخيارات بان العيب ثمنا اومثمنا يوجب الخيار بين الفسخ اوالامضاء بالارش وقد يتعين الارش في بعض الموارد كمالوحدث عيب جديد يمنع من الرد وقد يتعين الفسخ اوالامضاء بغير ارش كمالواحاط الارش بالثمن فان اخذه يستوجب الجمع بين العوض والمعوض فيتعين الفسخ اوالامضاء

بقبوله معيبا ولا يمكن المطالبة ، وهنا مباحث جمة وتحقيقات مهمة ، عسى ان نأتي الاشارة الى يسير منها في بابها من هذا الكتاب

(٢٧) الخيار في الحيوان ثلاثة ثم لاخيار

تفيد هذه القاعدة (ولعلها نص الحديث) خيار الحيوان وهو احد الخيارات المشهورة وفيه جهات للبحث عند الفقهاء كثيرة منها انه هل يختص بمشتري الحيوان ام يعم بايعه ، وهل يختص بعقد البيع ام يعم سائر العقود الناقلة

(٢٨) التصرف مسقط للخيار

لاخلاف عندنا ان تصرف ذي الخيار فيما له الخيار فيه مسقط لخياره والاخبار به مستفيضة . انما الكلام في مقدار التصرف المسقط فقيل كل تصرف حتى ركوب الدابة ولو قليلا واستخدام العبد ولو بمثل اسقني الماء . وقيل بل خصوص التصرفات التي لا تصح من غير المالك كتقبيل الجارية وبيعها ورهنها والفقهاء هنا بين افراط وتفريط والاوفق بالاعتبار والجمع بين الاخبار ان كل تصرف دال على الرضا والالتزام بالعقد فهو مسقط للخيار . وإلا فلا . فلو ركب الدابة يريد اختبارها واستخدم العبد يريد امتحانه لم يسقط خياره

(٢٩) التلف في زمن الخيار ممن لاخيار له

مثلا لو تلف الحيوان عند المشتري في الثلاثة وقلنا باختصاص الخيار به دون البايع فالتلف بمقتضى هذه القاعدة على البايع ويسترجع المشتري الثمن منه ولازمه انفساخ العقد قبل التلف آناما حتى يكون

التلف في ملك البايع ويرجع الثمن الى المشتري حسبما يستدعيه كل فسخ او انفساخ والا فليس من المعقول ان تلف مال شخص يكون ضمانه على آخر قهرا عليه وهذه القاعدة نظير اختها المتقدمة ـ كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه والفرق بينهما ان التلف هناك قبل القبض وهنا بعده . والكلام في ان الفسخ من حين العقد اومن حين التلف عين ما تقدم .

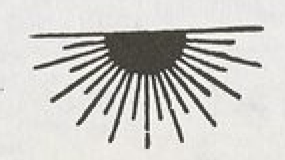
(٣٠) كل خيار فانه يزلزل العقد

اتفق الامامية على ان العقد الخياري يقع متزلزلا وان كانت آثار العقد تترتب من حينه من الانتقال والملكية ووجوب التسليم وغيرها غايته انه لو فسخ صاحب الخيار انحل العقد ورجع الثمن الى المشتري والمثمن الى البايع و يقع الكلام حينئذ ان الفسخ هل هو من حينه او ينحل العقد من اصله ويترتب على ذلك قضية المنافع من حين العقد الى حين الفسخ وعلى الاول تكون منافع المبيع في تلك المدة للمشتري ومنافع الثمن للبايع وعلى الثاني بالعكس ونسب الى بعض اعاظم فقهاء الامامية ان العقد لا يؤثر الا بعد انقضاء زمن الخيار لازما وصيرورة العقد وهو غريب شاذ . وعلى كل فالعقد الخياري يقع مراعى فاما ان ينحل و ينتقض او يلزم و يبرم ثم ان الجواز واللزوم قد يتعاوران على العقد وذلك في شرط الخيار فقد يشترط الخيار لنفسه بعد سنة في ثلاثة ايام فاذا مضت الثلاثة ولم يفسخ لزم فهو جواز بين لزومين ولو شرط له خيارا بعد خيار المجلس بشهر ، مثلا فيكون لازما في الشهر فقط فهو لزوم بين

جواز ين ور بما يتحقق امثال هذا فى غير خيار الشرط من انواع الخيارات كما يظهر للمتتبع النبيه

(٣١) الاصل في الخيار الفوريه

حيث قد عرفت ان الاصل في العقود اللزوم سيما البيع فلا يخرج عن هذا الاصل الا بمقدار اليقين فاذادل الدليل على الخيار في الجملة لزم الاقتصار على المتيقن وهو الفور فان فسخ ذوالخيار فورا والاصار العقد لازما نعم لو كان في دليل الخيار دلالة على التراخي صراحة او اطلاقا امتد زمن الخيار بمقدار مايدل عليه الدليل ومن هنا قسموا الخيار من حيث الفور والتراخي الى ثلاثه انواع (الاول) ماهو على التراخي اما من نفس دليل الجعل كخيار المجلس وخيار ثلاثة الحيوان وخيار ثلاثة التأخير وخيار العيب او بجعل المتعاملين كخيار الشرط وشرط الخيار (الثاني) ماهو على الفور كخيار الرؤية على المشهور فاذا باع عينا بالوصف ثم وجدها على خلافه كان له الفسخ فورا ، فان لم يفسخ لزمه العقد ولكن اطلاق بعض الاخبار قد يستفاد منه التراخي على اشكال (الثالث) مايصلح لكل منهما وهو الخيار المجعول بجعلهما كخيار الشرط كما عرفت ، اما خيار الغبن او العيب فقيل على الفور ولعله المشهور وقيل على التراخي وهو الاقرب عندنا .



(الفصل الرابع)

في الدين · والرهن . والضمان

الدين في مقابل العين وهو اشتغال الذمة بكلي للغير او الكلي الذي اشتغلت به الذمة للغير ، مثلا اذا اشتغلت الذمة بدرهم فهو كلي لان كل درهم في الخارج يصلح ان يكون مصداقا له والتعيين في الوفاء للمدبون ،

وسبب اشتغال الذمة يكون اختيار يا تارة كما في العقود مثل القرض والبيع والاجارة ونحوها ، وقهر يا اخرى كالواجبات المالية الشرعية مثل الكفارات والضمانات والنفقات وغيرها . و يكون حالا وموجلا حسب الجعل · والرهن هو الوثيقة على الدين ، و يمكن جعل الوثيقة على العين كالعارية والمقبوض بالسوم ونحوها ولكن لايسمى رهنا . اما الضمان فهو عند الجمهور اشتغال الذمم بحق واحد فهو عندهم من الضم والنون زائدة فيصح ان يقال انه ضم ذمة الى اخرى · وعند الامامية انتقال الحق اونقل الحق من ذمة الى اخرى فهو من الضمن والنون اصلية والمراد بالحق المضمون هو الدين اي الحق الثابت في الذمة فعلا او بالقوة القريبة كدرك الثمن اوالمثمن و كنفقة الزوجة مدة شهر

اوسنة وهذا هو الذي يصح الرهن عليه ومن هنا تتجه القاعدة ٠

(٣١) كلما جاز الرهن عليه جاز ضمانه

وهي كلية مطردة في طردها ، اما عكسها وهومالايجوز الرهن عليه لايجوز ضمانه فقد ينقض بدرك المبيع فقد قيل انه لايجوز الرهن عليه لاستلزامه بقاء الرهن في الغالب مؤبدا لجواز ان لايظهر له مستحق بخلاف الضمان فانه لامحذور فيه ولايخفى مافيه ٠

(٣٢) كل دين حال لايتأجل

تأجيل الحال يحتاج الى سبب جديد وهو نادر منها اشتراط تأجيله في عقد لازم ٠ ومنها ضمان الغير له موجلا ٠

(٣٣) كل دين موجل لايكون حالا

الا برضاهما اوموت المديون للخبر المشهور (اذا مات الميت حلت ديونه) وسره زوال ذمته بموته فينتقل الحق في ماله وهذا نظير ماذكرنا سابقاً من اشتغال ذمة المال لاذمة الرجال يعني انتقل الحق من ذمتـه الى تركته

(٣٤) الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف

الظاهر انه حديث اومضمون حديث والاصل والاعتبار ايضاً يقتضي ذلك اذلو اطلق التصرف للراهن في العين المرهونة كما كان قبل الرهن زال الوثوق ، اما المرتهن فليس له الا حق استيفاء دينه من الرهن لوامتنع الراهن عن الاداء فالعين ومنافعها لا تزال ملك الراهن وان كان ممنوعا من استيفائها بنفسه

(٣٥) المرهون غير مضمون الا مع التعدي او التفريط

لان العين المرهونة عند المرتهن امانة والامانة لا تضمن الا بالتعدي او الشرط

(٣٦) المرتهن احق برهنه

وهذه احدى فوائد الرهن فان الراهن اذا افلس او مات وقصرت امواله عن ديونه يضرب الغرماء في تركته بالنسبة، ولكن المرتهن يأخذ تمام دينه من الرهن فيبيعها هو او الورثة او الحاكم فان زاد ضمه الى الاموال للغرماء وان نقص ضرب معهم بالناقص

(٣٧) الكفيل غارم

فاذا عجز المكفول او اعسر او تمرد غرم الكفيل اى تعين للغرامة وهذا على رأي الجمهور في الضمان والكفالة واما عند الامامية فالمكفول تبرء ذمته من حين الضمان وينتقل الحق الى ذمة الضامن .

ثم ان الضمان يستعمل في اصطلاح الشرع والمتشرعة والفقهاء في معنيين .

(الاول) ماسبق من ضم ذمة الى ذمة او انتقاله من ذمة الى اخرى .

(الثاني) غرامة المال وكون خسارته عليه ولكن لما كان خسارة مال كل انسان عليه لم يكن معني لاستعمال الضمان بهذا المعنى لان الانسان لا يملك على نفسه شيئا لذلك لم يستعمل الضمان فيه الا نادرا واختص استعمال الضمان في الاكثر بما اذا تحمل انسان خسارة تلف

مال غيره فيقال هو ضامن لفلان اي يملك على ذمته غرامة ماله و يمكن اندراج المعنيين تحت عنوان واحد جامع وهوان حقيقة الضمان هو كون مال انسان في عهدة آخر فيندرجان تحت ضمان العهدة وحيث انه على خلاف الاصل ضرورة ان الاصل عدم تحمل انسان لعهـدة مال غيره فلا يتحقق الضمان مطلقا وباي معني كان الا باسباب خاصة بعضها اختياري كالضمان بالمعنى الاول وبعضها قهري وان كانت بعض مقدماته اختيارية اولااختيار فيه اصلا كالضمان بالمعنى الثاني وله اسباب شرعية كثيرة ويساعد اعتبار العقلاء على سببيتها للضمان ايضاً . واقوى تلك الاسباب وا كثرها موارد هي اليد .

(٣٨) قاعدة اليد

المأخوذة من الحديث النبوي المشهور (على اليد ما اخـذت حتى تؤدي). وهي ايضاً من النبويات البليغة وجوامع كلمه صلوات الله عليه وكتب فيها علماؤنا الاعلام رسائل منفردة وشروحا ضافية ولا مجال هنا لبسط القول فيها وخلاصته ماتدل عليه ان كل من وضع يده على مال غيره ظلماً وعدوانا اوجهلا ونسيانا اوغير ذلك فهو ضامن له اي يكون عهدة ذلك المال عليه حتى يرده الى صاحبه ولازم ضمان العهدة اي كون المال في عهدتك ان ترده الى مالـكه ان كان المال موجودا وان تلف تداركه برد المثل اوالقيمة اليه فتوديه اليه بدله بعد تعذر عينـه فاليـد سبب للضمان بهذا المعنى ويتفرع على ذلك قضية ترتب الايادي على العين الواحدة فالغاصب مثلا اذا باع العين المغصوبة ثم انتقلت من يد الى يد

فكل واحد منهم ضامن ولكن على البدل بمعنى ان للمالك الرجوع على اي شخص منهم ويرجع كل منهم على الآخر و يكون قرار الضمان على من تلفت العين في يده ، ولنا في هذا البحث تعليقات نفيسة على كلمات الاصحاب ومباحث دقيقة في هذه القاعدة لا يسعها هذا المختصر

(السبب الثاني)

(٣٩) قاعدة الغرور

المستفادة من بعض الاحاديث واعتبار العقلاء المعبر عنها بقولهم : (المغرور يرجع على من غره)فلو قدم لك شخص طعاما لتأكله مجاناً اودابة لتركبها ثم ظهر انها لغيره فله ان يطالبك بالقيمة اوالاجرة وعليك ان تدفعها له وترجع بما دفعت على من غرك واغراك بانه طعامه وقد بذله لك وهكذا امثال ذلك في جميع الابواب . فالغرور من اسباب الضمان كاليد ، وينفك الغرور عنها فى الموارد التي لا يد هناك و بينهما عموم من وجه كما لايخفى وابواب الغرور المجرد في البيوع والاجارة وغيرها كثيرة ، ويشبه ان يكون من باب التسبيب كالقاعدة الآتية .

(٤٠) الاتلاف

وهو السبب الثالث من اسباب الضمان وهو ينفك ايضاً عن سابقيه ومدركه القاعدة المستفادة من الاخبار ايضاً وهي (من اتلف مال غيره فهو له ضامن)

وهي عامة ايضاً كقاعدة اليد ، يعني ان التلف كالاتلاف يجرى

في العالم والجاهل والعامد والغافل ، والناسي والذاكر ، والصبي والبالغ نعم التلف يختص باليد ويعم السماوي وغيره . كان الاتلاف يعم مالو كان تحت اليد اولم يكن .

(٤١) الاحترام

من اسباب الضمان احترام عمل المسلم ، فمن عمل عملا لمصلحتك مع الاذن من حاكم الشرع اومطلقا اوامرته بان يعمل لك عملا فقام فليس معناه انه عمله مجانا بل أعليك اجرة المثل له لان عمل المسلم محترم الا اذا قصد التبرع اوصرح بذلك فلو اختلفا فى صورة عدم التصريح فالقول قوله لانه اعرف بقصده ولا يعلم الا قبله

(٤٢) مايضمن بصحيحه يضمن بفساده

ومالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

من اسباب ضمان مال الغير قبضه بعقد معاوضة فاسد وعقود المعاوضات كلها ضمانية فالبيع مثلا صحيحه مضمون بالثمن المسمى ففاسده مضمون ايضاً ، ولكن بالمثل اوالقيمة فلو قبض المشتري المبيع بالبيع الفاسد وتلف في يده مع جهل البايع بالفساد كان مضمونا عليه اى على المشترى لان البيع صحيحه مضمون ، ففاسده ايضاً مضمون بمثله او قيمته ، والهبة وامثالها من عقود الارتفاق والمجان صحيحها غير مضمون ففاسدها غير مضمون فلوقبضت عينا بالهبة الفاسدة لاتضمنها لان صحيحها غير مضمون ففاسدها غير مضمون . ومثلها الوقوف والصدقات واضرابها . ولكن التحقيق ان سبب الضمان في البيع الفاسد

ونظائره هوقاعدة اليد وسبب عدم الضمان في الهبة واخواتهاهوالتسليط المجاني المسقط لضمان اليد كما سيأتي قريباً والبحث المستوعب في هذه القاعدة موكول الى محله وحيث عرفت اشهر اسباب الضمانات واشيعها فاعلم ان للضمانات مسقطات اهمها واقومها ـ الامانات

(٤٣) الائتمان مسقط للضمان

وضع اليد على مال الغير يقتضي الضمان حسبما عرفت ولكن اذا دفعه اليك مؤتمن سواء كان بصفة الامانة المجردة كالو كان الدفع لمصلحته فقط كالوديعة التي هي استنابة في الحفظ فقد سقط الضمان قطعا فلاضمان بتلفها الا مع التعدي والتفريط وهما في الحقيقة اتلاف والا فضمان اليد ساقط قطعا ، او كان امانة مختلطة كالو كان الدفع لمصلحة الطرفين مثل العين المستأجرة ومال القراض (المضاربة) ونظايرها او كانت متمحضة للقابض كالعارية . فحكم الجميع عدم الضمان للائتمان وليس على الامين غير اليمين . فالضمانات لاتجتمع مع الامانات اصلا ولكن بالحد الذي عرفت من الضمان فتدبره جيداً

(٤٤) الاذن مسقط للضمان

هذا هو المسقط الثاني فان الاذن من الشارع اومن المالك وان لم يكن بصفة الامانة الخاصة اوالعامة يسقط الضمان كما لواذن لك في اكل ماله اوعتق عبده عن نفسك اوركوب دابته وعطبت ففي كل ذلك لاضمان وان كان مقتضي الضمان فى الجميع قائما وهواليد ولكن الاذن مانع ومثله الاذن الشرعي وهو الامانات الشرعيـة لا المالكيـة كاللقطـة

ومجهول المالك بل ومال اليتيم عند الولي ومال الغايب عند الحاكم وهكذا اليد تقتضي الضمان والاذن الشرعي يسقطه فتدبر هذا ٠

(٤٥) التسليط والاقدام يسقط الاحترام

مال المسلم وعمله كما عرفت محترم ومقتض للضمان، ولكن لو عمل لك عملا بدون اذنك اومع نهيك او باعك بالبيع الفاسد وسلطك على المبيع مع علمه بالفساد فاتلفته او تلف من نفسه عندك سقط الضمان عنك ولا يستحق الثمن ولا الاجرة لأن التسليط والاقدام قد اسقط احترام ماله وعمله واذا سقط الاحترام سقط الضمان ٠ نعم لو كانت العين موجودة كان له استرجاعها طبعا ،،، هذه اهم اسباب السقوط بعد الاسقاط والوفاء والدفع اوالابراء، كما ان تلك اهم اسباب الضمان عدا ضمان الدرك واشباهه مما لايندرج في عنوان الضمان بالمعنى الذي ذكرناه من كونه تلف مال شخص على آخر وضمان العهدة يشمل الكل و يعم الجميع فتدبره ٠

(الفصل الخامس)

في قواعد عامة متفرقة يبتني عليها جمهرة من الفروع

(٤٦) قاعدة السلطنة

التي تستفادمن النبوي (الناس مسلطون على اموالهم) و يترتب عليها كثير من الاحكام ، مثلا للانسان ان يتصرف في داره كيف شاء

و يفتح شبابيك في جداره ولو مع الاشراف على جاره وليس للجار منعه لان الناس مسلطون على اموالهم الا ان يستلزم ذلك الاضرار بالجار فيرفع لقاعدة لاضرر الحاكمة على قاعدة السلطنة . نعم لو تعارض الضرران رفعت القضية الشخصية الى حاكم الشرع لينظر اي الضررين اخف فيقضي به اويجد منفذا يتخلص منه الى الجمع بين الحقين وارتكاب اهون الامرين

(٤٧) قاعدة الجهالة والغرر

اتفق الكل على ان الجهالة في العقود اللازمة كالبيع والاجارة ونحوهما مبطلان للعقد يعني انه لايصح مع الجهالة في احد العوضين والتعيين والعلم شرط في صحة العقود بل الايقاعات في الجملة فلو باعه بعشرين ولم يعينها دراهم اودنانير اوباعه كتابا ولم يعينه بشخصه او بوصفه الرافع للجهالة لم يصح العقد ، كما انه لوقال احدى نسائي طالق او احد عبيدي حر لم يقع طلاق ولا عتق ، وهذا مما لااشكال فيه عند عامة المسلمين في الجملة ، ويؤيد الاجماع الشرعي والعقلائي الحديث النبوي المشهور . نهى النبي عن الغرر . اونهى النبي عن بيع الغرر . انما الاشكال والبحث والجدال في ضابطة الغرر والجهالة وقد اضطربت كلمات الفقهاء واللغويين في تعريفه وتحديده و يتفرع على ذلك فروع كثيرة يختلف حكمها باختلاف معنى الغرر ، وان مجهول الوجود او الحصول اوالعين اوالصفة اوالمقدار لايصح بيعه . وسيأتي بيان ذلك في محله انشاء الله .

(٤٨) قاعدة الاحسان

المستفادة من قوله تعالى : (ماعلى المحسنين من سبيل) . ويتمسك بها في موارد كثيرة مثل مالو اودع عندك شخص وديعة وخشيت عليها من التلف فنقلتها الى مكان حريز تأمن عليها فيه وصرفت على نقلها مالا فانك تستحق الرجوع به على المالك ، وان لم يأذن لك فيه ولكنك محسن و(ماعلى المحسنين من سبيل) بل يمكن القول بان لك حق سعيك وعملك لان عمل المسلم محترم ان لم تقصد التبرع . وهذا مما يساعد عليه العقل والعرف والاعتبار سيما في اللقيطة حيوانا اوانسانا حرا او عبدا فيجوز بل قد يجب على الملتقط ان ينفق عليها خوف الهلاك ويرجع بها على صاحبها لو وجده بعد ذلك ومن قيمتها ان لم يجده بعد سنة ولكن بمراجعة حاكم الشرع وان كان حرا فمن عمله اومن بيت المال .

(٤٩) قاعدة نفي السبيل

المستفادة من قوله تعالى : (لن يجعل الله للكافرين على المسلمين سبيلا) وفرعوا عليها عدم جواز بيع العبد المسلم والامة من الكافر ولا تزويجها منه فضلا عن تزويج الحرة المسلمة والحق بعضهم به بيع المصحف منه

(٥٠) قاعدة عموم التكليف

ويعبرون عنها بان الكفار مكلفون بالفروع كما انهم مكلفون بالاصول . ومقتضى هذه القاعدة ان الكافر اذا اسلم يجب عليه ان يقضي جميع مافاته من بلوغه الى اسلامه من صلوات وصيام وزكوات وغيرها ولكن يسقط عنه جميع ذلك ببركة ـ :

(٥١) قاعدة الجب

المستفادة من قوله صلوات الله عليه (الاسلام يجب ماقبله) وكانت معاملته (ص) مع المشركين وغيرهم من الكتابيين الذين يدخلون في دين الاسلام تشهد بذلك ولا يكافه بقضاء شئ مما مضى من الحقوق الآلهية ولا يبقى عليه الا حقوق البشر من الديون ونحوها ٠ اما الحقوق المالية كالزكوات ونحوها فعند المشهور تسقط وأمل القواعد تأبى

(٥٢) الاوصاف لاتقابل بالاعواض

الاعواض هي الاعيان القائمة في الوجود بنفسها من نقود وعروض اوما يتحصل منها كالمنافع ، والاوصاف هي الاعراض التي لاتستقل بالوجود وانما يتقوم وجودها بوجود غيرها وذلك كعوارض الكم والكيف واخواتها من المقولات والاعيان هي التي تقابل بالمال في نظر العرف وتكون ثمنا لما هو مثلها في كونه عينا وجوهرا فالعين تقع في مقابل العين والثمن يقع بازاء المثمن ، اما الاوصاف التي هي اعراض وليس لها وجود مستقل فلا يقع شئ من الثمن بازائها كما يقع في مقابل العين ويتوزع على ابعاضها الحقيقية اوالاعتبارية ، مثلا - اذا اشتريت فرسا بشرط كونها اصيلة بمائة دينار اوعبدا بشرط كونه كاتبا فهي باجمعها في مقابل العبد او الفرس لافي مقابل العبد وكتابته فلا يتقسط شئ من الثمن على الكتابة كما تتقسط على جوارحه ، نعم الكتابة وسائر الاوصاف الحسنة في العبد وفي الخيل تزيد في قيمتها اي في قيمة عينها ويظهر اثر ذلك فيما لوتخلف الوصف المشترط في العقد فان تخلفه يوجب

الخيار بين الفسخ او الامضاء بالثمن وليس له المطالبة بالتفاوت كما في خيار العيب الذي يوجب نقصا في اصل الخلقة فيكون اما فقد جزء او فقد ماهو بمنزلة الجزء فان السلامة كشرط ضمني اليه ينصرف اطلاق العقود ولا يرتفع اثره إلا بالبراءة من العيوب فلو ظهر المبيع معيبا بمرض ونحوه كان للمشتري المطالبة بالارش فوصف السلامة غير اوصاف الكمال وربما يأتي مزيد بيان لذلك في محله بتوفيقه تعالى

(٥٣) من احيا ارضاً ميته فهى له

هذا ايضاً من الاحاديث النبوية المشهورة و يدل باطلاقه ان الارض التي ليس لها مالك مخصوص ، اولا يعرف مالكها بالخصوص المفتوحة عنوة اوغيرها اذا احياها انسان ملكها وهذا متفق عليه في الجملة انما الكلام اولا في انه هل يحتاج الاحياء الى اذن الامام او السلطان املا ووجه الاول ان الانفال هي للامام والخراجية وان كانت للمسلمين ولكن امرها ايضاً راجع الى الامام لانه ولي المسلمين فلابد من استيذانه بالتصرف فيها وتقبلها منه . ووجه الثاني ان ورود امثال قوله (ع) من احيا ارضاً ميتة فهي له كاذن عام وتمليك للمحيي و (ثانياً) ان الاحياء هل يفيد ملكيه ابديه كسائر الاملاك ام تدور مدار بقاء الاحياء فلو عادت الى الخراب خرجت عن ملكه املا وتحقيقه موكول الى محله

(٥٤) النهي في العبادات يقتضي الفساد مطلقا وفي المعاملات في الجملة

اماوجه دلالته على الفساد في العبادة فواضح ضرورة ان العبادة روحها القربة وان يكون العمل مقربا والنهي يقتضي كونه مبغوضا والمبغوض لايصلح ان يكون مقربا . امافي المعاملات فالنهي لايخلو اما ان يكون لذات المعاملة اولركنها اوغير ركن من اجزائها اولوصفها اللازم اولوصفها المفارق اولامر خارج عنها اما النهي لذاتها فمثل قوله (ع) (لاتبع ماليس عندك). و(لا بيع الا في ملك)، واما الاركانها فمثل قوله ثمن (الكلب سحت) فان الثمن والمثمن ركنا المعاملة ،واما لاجزائها الغير الركنية فمثل النهي عن بيع غير البالغ فان البايع والمشتري وان لم يكونا اركانا فى المعاملة ولكنهما من جهة لزوم رضاهما جزآن لها ، واما النهي عن اوصافها اللازمة فمثل النهي عن ملك الرجل عموديه ومحارمه فان الملكية من آثار البيع اللازمة ، واما لوصفها المفارق فمثل المنع من لزوم المعاملة بخيار اوفسخ فان اللزوم وصف مفارق لها ، واما ما كان لامر خارج فمثل النهي عن البيع وقت النداء بقوله تعالى .(فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع)، ومثل هذا النهي لايقتضي الفساد قطعا كما ان النهي عن الاركان يقتضيه اتفاقا واما الباقي فمحل خلاف والحق ان المقامات تختلف و يلزم النظر فى دليل كل مورد بخصوصه حتى يستظهر منه ان المراد من النهي هو الفساد والحكم الوضعي اومحض الحرمة والحكم التكليفي فمثل حديث نهي النبي (ص) عن بيع الغرر حيث أن الغرر هو الجهالة والاقدام على الخطر وهي ترجع الى الثمن اوالمثمن وهما ركنان فلا ريب فى انه يدل على الفساد . ولكن مثل لايملك الرجل عموديه

يحتمل الحرمة ويحتمل الفساد و يلزم فى مثله التأمل والاستعانة بالقرائن لتحصيل الحقيقة وهي من وظائف المجتهد المطلق و باقي البحث موكول الى محله

(٥٥) كل شيء لا يعلم الا من صاحبه فقوله مصدق فيه ،

الاشياء التي لا يمكن العلم بها فى الغالب الا من نفس صاحبها لامحيص من لزوم تصديقه فيها والا لوقف جريان كثير من الامور مثلا ـ اذا انفقت على الوديعة التي عندك مبلغاً لحفظها من التلف فقال لك المالك انت متبرع وقلت قصدت الرجوع بالعوض ولم اقصد التبرع فقصدك لا يمكن العلم به عادة الامن قبلك فلولم تصدق فيه لوقف جريان القضية ولم تنحل مثل هذه الخصومة غايته انه لسد احتمال الكذب تلزم باليمين ونظائر هذا كثيرة ولعل الى هذا ترجع قاعدة

(٥٦) النساء مصدقات

يعني في الامور التي لا تعلم عادة الا منهن مما هو مختص بشئون النساء كالحيض والحمل والخلو من الزوج والدخول وامثالها فلو ادعت انها ذات زوج اوخلية اوخرجت من العدة فلا اثر لرجوع الزوج ـ تصدق ولا يطلب اليمين منها الا عند الخصومة

(٥٧) الضرورة في كل شيء الا في الدماء .

يعني ان الضرورة تبيح كل محظور الا الدماء . والى هذا اشير في بعض الاخبار (لا تقية في الدماء) ضرورة ان التقية انما شرعت لحفظ الدماء فلا مجال لجريانها في ضد ماشرعت له فلو قال لك الظالم اقتل

المؤمن مثلا (وهو غير مستحق القتل) والا قتلتك لم يجز لك قتله نعم لو صال عليك شخص يريد قتلك جاز بل وجب عليك دفعه ولو توقف على قتله جاز . والفرق بين المقامين واضح فالاكراه والجبر لا اثر له في النفوس المحترمة . نعم لوقال الظالم مع قدرته احرق بيت فلان والا قتلتك جاز لك احراقه ولاضمان عليك للاكراه والسبب هنا اقوى من المباشر

(٥٨) لايدفع الضرر باضرار الغير

اذا توجه الضرر عليك ابتداء فاراد الظالم مثلا ان يأخذ طعامك لايجوز لك ان تدله على طعام جارك لتدفعه عن طعامك لانه لايجوز ان يدفع الانسان الضرر عن نفسه باضرار غيره ، نعم لو توجه الضرر على الغير ابتداء لايجب عليك دفعه باضرار نفسك فلوقال الجائر اعطني الطعام الذي عندك لفلان والا اخذت طعامك جاز ان تعطيه ذلك الطعام ولايجب عليك الدفع عنه باعطاء طعامك . فاعرف ذلك

(٥٩) الانسان قد لايملك شيئاً ويملك ان يملك

يظهر هذا في مثل الشفعة فان الشريك لايملك ولكن يملك ان يملك وفي الحيازة وامثالها

(٦٠) القدرة على التسليم شرط في المعاوضات

ويظهر منهم اعتبار تحقق القدرة حال العقد ولكن لانجد مانعاً من كفاية حصولها ولو بعد العقد مالم يحصل غرراً وجهالة

(٦١) كل من صحت مباشرته لشئ صحت وكالته الا الواجبات التعبدية

هذه ضابطه ماتصح الوكالة فيه شرعا وهي عامة لا يخرج منهـا الا العبادات البدنية و يلحق بها النكاح واليمين والنذر والايلاء واللعـان والقسامة وتحمل الشهادة واداؤها والظهار ، اما العكس اي ما تصح الوكالة فيه ولاتصح مباشرته فقد ذكر له الجمهور امثلة كثيرة والذي يتم منها على اصولنا ، باب الوكالة على التوكيل مطلقا ومنها توكيل المحل محرما في ان يوكل محلا في التزويج وتوكيل المسلم ذميا ان يوكل مسلما في شراء العبد المسلم

(٦٢) اصالة عدم تداخل الاسباب وعدم تداخل المسببات

فاذا اشتريت مثلا حيوانا واشترطت لنفسك الخيار ثلاثـة ايام لم تتداخل هذه الثلاثة في ثلاثة خيار الحيوان بل يكون لك ثلاثة اخرى غيرها لان الاصل في كل سبب ان يكون له مسبب مستقل ولو قال لك من تجب طاعته اكرم عالما واضف اديبا ـ لا يكفيك ضيافة عالم اديب فى امتثال الامرين بل لا بد من التعدد ـ هـذا هو مقتضى الاصول والقواعد الاولية وقد يخرج عنها و يصح التداخل ولـكن الدليل خاص كما وقع بالشرع في موارد اشهرها تداخل الاغسال فمن كان عليه غسل جنابة وغسل مس ميت واراد ان يضم اليها غسل الجمعة كـفاه عن الجميع غسل واحد سيما مع قصدها اجمع ، وقد ورد فى اخبارنا المعتبرة : (اذا اجتمعت لله عليك حقوق كفاك غسل واحد)، ونظيره ركعتـا تحية المسجد وغير ذلك

(٦٣) كما جازت الاجارة على شيء مع العلم جازت الجعالة عليه مع الجهل

توضيح ذلك انه لو شردت دابتك او ابق عبدك وتريد ان تستأجر شخصاً على ردها فان كان العمل معلوما زمانا ومكانا ووصفا جاز ان تستأجره وتعين المدة لطلبها يوما او يومين وان كان مجهولا كما هو الغالب لم تصح الاجارة وصحت الجعالة فتقول له ان رجعت دابتي فلك كذا بل ما هو اوسع من ذلك في الجهالة فتقول من رد عبدي فله كذا

(قواعد خاصة بالاقرار)

(٦٤) اقرار العقلاء على انفسهم نافذ — اوجائز

وقد تقدمت الاشارة الى موجز من القول فيها

(٦٥) كل اقرار لايقبل بعده الانكار

فلو اقر لزيد بعشرة دراهم ثم انكر اوادعى الاشتباه او الغلط او امثال ذلك لم يسمع منه

(٦٦) كل انكار يصح بعده الاقرار

وهذا في باب الاموال والحقوق واضح فانه اعتراف يلزم به ولكن يشكل فى ابواب النكاح والعدد ونحوها ، فلو ادعت زوجيته وانكر ثم رجع فاقر اوانكرت هي ثم اقرت فهل يقبل اقراره ام لا . وكذا لوانكرت رجوعه فى العدة ثم اقرت بعد العدة انه رجع بها في العدة والمسئلة تحتاج الى تأمل

(٦٧) كل من قدر على انشاء شيء قدر على الاقرار به اي اقراره نافذ فيه

ومن امثلة ذلك ماذكروه في مسائل الرهن وفروعه انه لو اذن المرتهن للراهن في بيع العين المرهونة فباعها الراهن وادعى المرتهن انه رجع عن الاذن قبل البيع فهو باطل وادعى الراهن انه باع قبل الرجوع فهو صحيح قالوا ان الراهن اذا قال بعت وصدقه المرتهن ثم ادعى الرجوع قبل البيع فالقول قول الراهن والبيع صحيح ، واذا ادعى المرتهن الرجوع وصدقه الراهن ثم ادعى انه باع قبل الرجوع فالقول قول المرتهن والبيع باطل ومدرك هذا التفصيل هو القاعدة المزبورة فان الراهن له انشاء البيع في الصورة الاولى قبل ان يدعي المرتهن الرجوع فينفذ اقراره لان من قدر على انشاء شيء نفذ اقراره فيه بخلاف الصورة الثانية فانه لما ادعى المرتهن الرجوع اولا وصدقه الراهن لم يكن للراهن ان يبيع في ذلك الوقت لان الرجوع صار محققا اما سابقاً اولاحقاً فلو اراد الراهن انشاء البيع حينئذ لم يصح فلا يصح اقراره بتلك القاعدة ايضاً واستشكلوا في جملة فروع

ولعل الى هذه القاعدة ترجع القاعدة المعروفة عند فقهائنا وافرد فيها بعض اعلامنا المتأخرين رسالة وهي :

[٦٨] من ملك شيئاً ملك الاقرار به .

وهي غير قاعدة الاقرار المعروفة طبعا ومثلوا لها بالوصي والوكيل وولي الصغير ومتولي الوقف فانهم اذا اقروا ببيع مال اليتيم مثلا او ايجاره او ايجار الوقف وغير ذلك فان اقراره نافذ لانه يملك البيع والايجار ومن ملك شيئاً ملك الاقرار به وقبول هذا الاقرار مخالف لقاعدة الاقرار

فان اقرار العاقل انما ينفذ على نفسه لا على غيره والاقرار في هذه المواضع صار نافذا على الغير ولكن بذلك الملاك الذي اشارت اليه القاعدة . وهذه لمحة موجزة من هاتين القاعدتين المفيدتين ، والبسط محال الى موضعه ، اما عكس الاولى وهو من لا يقدر على انشاء شيء لا يقبل اقراره فيه فهي مسلمة ايضاً في الجملة ويخرج منها من اقر على نفسه بالرق اذا كان مجهول النسب فانه يقبل مع انه لا يقدر على انشاء الرق لنفسه وعند الجمهور ان المرأة تقدر على الاقرار بالنكاح مع انها لا تقدر على انشائه فليتأمل .

(٦٩) كل من اقر بحق لسبب مجهول قبل تفسيره له

مثلا لو اقر بان داري انتقلت لزيد فلو قال بعد ذلك نقلتها بالسبب الجائز كالهبة وقد رجعت بها لا بالسبب اللازم كالبيع فلا رجوع — يقبل قوله ولا يلزم بالدار استصحابا لبقاء ملك المقر له

(٧٠) كل من اقر بمبهم يلزم بتفسيره و يقبل قوله فيه

فمن اقر بان علي لزيد دين اومال يلزمه الحاكم بتفسيره ولو فسره بدرهم اواقل قبل — الا ان تكون هناك قرينة معتبرة على خلافه

(٧١) كل عارية امانة

اي لا تضمن بغير التعدي والتفريط ويستثني من ذلك عارية الذهب والفضة اومطلق العارية مع شرط الضمان

(٧٢) كل هبة يجوز الرجوع فيها بعد القبض ، الا اذا كان الرجوع بعد التلف او كانت معوضة اوهبة الرحم

(٧٣) كل صدقة لايجوز الرجوع فيها بعد القبض . اي بعد قبض مستحقها ويشمل الصدقات الواجبة كالزكوات والكفارات ونحوها والمستحبة كالصدقة المطلقة اوالوقف واخواته

(٧٤) كل تصرف من المكره عقدا او ايقاعا باطل

لان القصد والاختيار شرط ركني في جميع المعاملات والايقاعات بل والعبادات

(٧٥) كل معاملة من عقد اوغيره من غير المالك فهي فضولية

والمراد بالمالك من له حق التصرف فيشمل الوكيل والوصي والولي والمتولي ومعاملة الفضولي في جميع الابواب موقوفة على الاجازة على تفصيل يأتي في محله انشاء الله

(٧٦) القرعة لكل امر مشكل

هذه القاعدة مشهورة في كتب الفقه وهي مستفادة من احاديث مروية من طرق الفريقين وفي بعض اخبارنا : كل امر مجهول فيه القرعة ، ولكن اصحابنا لايعملون بها الا في موارد مخصوصة و يقول بعضهم انها موهونة بكثرة التخصيص . و يظهر من القرآن المجيد انها كانت مشروعة في الشرايع السالفة مثل قوله تعالى (فساهم فكان من المدحضين) ، وقوله عز شأنه (اذ يلقون اقلامهم ايهم يكفل مريم) ، وقد ورد عن النبي (ص) انه استعملها في العتق حيث اعتق رجل ستة مماليك لامال له سواهم فجزأهم واقرع بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة ، و يظهر من هذه الواقعة أن للقرعة مجالا واسعا . لكن الشك يقع في ان مورد القرعة هو الواقع

المجهول فقط كما لو طلق زوجة معينة ونسي انها هندا وزينب فتعين بالقرعة ، او يعم حتى مالا واقع له اصلا كما لو طلق احدى زوجاته او اعتق احد عبيده فهل تجري القرعة هنا ام لا ، اما وافقة النبي (ص) فتدل على اوسع من هذا فليتأمل .

(٧٧) لامقاصة الا مع اليقين والعجز عن تحصيل الحق

فلا تجوز مع الظن بالحق فضلا عن الاحتمال والشك او التهمة كما لا تجوز مع امكان تحصيل الحق بطريق الحاكم العادل او الجائر فان تعذر وامكنه اخذ عين ماله من الجاحد او مجانسه مثلا او قيمة جاز له ذلك بلا توقف وان لم يجد عين ماله واضطر الى اخذ جنس آخر بدلا عن ماله توقف على اذن حاكم الشرع اما الاخذ من الوديعة ففيه قولان منشاؤهما روايتان عن النبي (ص) انه قال : (ادالامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك) وقوله لهند (خذي مايكفيك وولدك من ماله) اي من مال ابي سفيان ومال الرجل وديعة عند الزوجة

(٧٨) كل دعوى تسمع مطلقا

خلافا لبعض فقهاء الجمهور فانهم اشترطوا في سماع الدعوى سبق الخلطه استنادا الى مابروى في ذيل حديث (البينة على المدعي واليمين على من انكر) اذا كانت بينها خلطة ، وبما رووا عن علي [ع] (لايعدي الحاكم على الخصم الا ان يعلم بينهما معاملة) ، ولم يثبت عند الامامية شيء من هذه الروايات وقولهم لولا ذلك لاجتره السفهاء على ذوي المروات فان وقفوا معهم في الدعوى سقطوا وان صالحوا ذهبت

اموالهم مدفوع بامكان التوكيل على ان القواعد الكلية لا تقدح فيها العوارض الجزئية

(٧٩) الكافر لا تسمع شهادته لمسلم او عليه مطلقا مع وجود غيره ومع عدمه الا في الوصية كما في الآية فى واقعة خاصة

اما شهادته لاهل ملته ففيه خلاف والاصح عندنا ان ذلك منوط الى نظر الحاكم ووجدانه ، وحصول ثقته واطمينانه ، حسب القضايا الشخصية ولم اجد قائلا به مع قوته ،

(٨٠) لا نذر الا في طاعة ولا يمين الا في مباح

هاتان ضابطتان لمتعلق النذر واليمين فان النذر عندنا لا يلزم الا في الراجح دينا اودنيا ولا يصح في المباح المتساوي الطرفين . نعم هو يصح و يلزم باليمين فعلا اوتركا ولا يصح اليمين بالمكروه او المرجوح دنيا فضلا عن الحرام ولكن اذا حلف على فعل اوترك ثم تبدل بعنوانه اوظهر عدم رجحانه جازله حل اليمين والعدول الى ماهو خير منها كما ورد فى الاخبار المعتبرة : (اذا وجدت خيرا من يمينك فدعها)



(٨١) قاعدة العدل

المستفادة مما ورد فيمن اودع عنده رجل درهمين وآخردرهما وامتزجا ثم تلف درهم بلا تفريط ولم يعلم انه من صاحب الدرهم او من صاحب الدرهمين . قال (يعطى صاحب الدرهمين درهما ونصف والصاحب الدرهم نصف درهم) وحملها بعض فقهائنا على الصلح القهري فرارا من المخالفة القطعية ، ويمكن تعميمها الى امثال موردها فيصح العمل بها في كل مال مردد بين شخصين او اشخاص ولا سبيل الى تعيين صاحبه الواقعي بناء على عدم العمل بالقرعة في الحقوق والاموال بل قد يتوسع الاخذ بها حتى فيما ليس له واقع مجهول كما لودفع مالا الى وكيل شخصين لكل منهما عليه دين ولم يعين احدهما او كان عليه لشخص دينان احدهما برهن والآخر بلا رهن ولم يعين مادفعه عن دين الرهن اوعن الآخر فيحتمل ان له التعيين بعد الدفع ويكون القبض موجبا للملك المراعى بالتعيين على نحو الكشف ويحتمل التوزيع كما تقتضيه قاعدة العدل . ويحتمل استصحاب شغل الذمة بكلا الدينين واستصحاب بقاء المال على ملك الدافع ويكون امانة عند القابض حتى يلحقه التعيين من الدافع فيملكه القابض واقوى الوجوه الاول ثم الثاني . والمسئلة سيالة كثيرة الاشباه والنظائر في الاموال وغيرها . وقد ذكر الفقهاء فرع الدينين في فروع كتاب الرهن وان الراهن اذا

ادعى ان مادفعه عن دين الرهن يصدق لانه لايعلم الا من قبله . نعم لواعترف انه لم يعين جانت الاحتمالات المتقدمة ، ويشهد لقاعدة العدل ايضاً من طريق الجمهور مارواه في (كنز العمال) في ابواب القضاءمن ان النبي (ص) اتاه رجلان يختصمان في بعير واقام كل واحد شاهدين انه له فجعله بينهما

(٨٢) ذوات الاسباب لاتحصل الا باسبابها

جعل الشارع المقدس للعناوين الاعتبارية - المجعولة لحفظ نظام الهيئة الاجتماعية للبشر وتعاون بعضهم مع بعض . وضبطا للمصالح المتبادلة والمنافع المشتركة . نعم جعل لتلك الروابط ضوابط واسبابا خاصة ، واوضاع معينة ، فالملكية . والزوجية . والرقية والحرية وامثالها لا تتحقق بنظر الشرع والعرف الا من اسبابها التي جعلت لها عقدا وحلا فلا تعقد الا بذلك السبب الخاص ولا تحل عقدتها الا من سبيلها المعين . فاسباب نقل الملكية مثلا - البيع والاجارة والصلح وامثالها واذا عقدت بسببها الخاص لاتنحل عقدتها ايضاً الا باسباب مخصوصة من خيار اوفسخ اوتقايل ونحوها ، وهكذا الزوجية قد جعل الشارع لها اسبابا محدودة وهي عقد الزواج مثلا وملك اليمين ولا ثالث لهما وجعل لحل هذه العقدة وفكها مفاتيح محصورة وهي في عقد الزواج الفسخ والطلاق واللعان والردة والموت فلا تنحل عقدة النكاح الا بواحد من هذه الاسباب فلو ان الزوج بعد تمامية العقد اعلن وسجل رفض تلك الزوجية وقال اني قطعت ذلك الحبل وحللت ذلك العقد وفلانة

ليست زوجتي لم تخرج عن زوجيته ولا تنفصل عن حبالته الا بالطلاق ومثله مما جعله الشارع سبباً لحل تلك العقدة ولا تنحل بغيره ، وهكذا الحرية والرقية فان الشارع جعل لرفع العبودية والرقية سببا خاصا او اسبابا محصورة وهي العتق مثلا اوالتنكيل فلو ان المولى اعلن اني رفعت ملكيتي عن هذا العبد واطلقته وامثال ذلك لم تتحقق حريته الا بالسبب الخاص وهو العتق الذي لايحصل الا بالصيغة الخاصة وهي قوله انت حر وما يؤدي معناه ان قلنا بالتوسعة وكذلك ملكية زيد للدار لو قال تركت ملكيتها ورفعت يدي عنها ورفضتها لا تخرج عن ملكيته الا بان يقول وهبتها او بعتها او نحو ذلك ، وعلى هذا المنوال جميع هذه العناوين الخاصة لاتزول الا باسبابها المقررة ، وعلى هذا يتفرع القدح في القضية المعروفة عند بعض المتفقهة اوالفقهاء وهي ان الاعراض يوجب زوال الملكية وصحة تملك الغير وهذه قضيته غريبة لاتنطبق على القواعد الشرعية وان كانت شايعة مشهورة والاعراض لايزيل ملكية ولا يثبت ملكية ، نعم اقصى ما يفيده الاعراض اباحة الانتفاع بالدلالة التبعية العرفية والا فهي ايضاً محل نظر الا في بعض الموارد كما لوزاد عند اهل البيت طعام فالقوه في الطريق فان ظاهر الحال يقضي باباحته لمن اخذه هذا اقصى مايدل عليه الاعراض في امثال هذه الوقايع أما نزع الملكية بحيث نجعله من المباحات يملكه كل من حازه — فمن اين ؟

وقد يتوهم ان قاعدة سلطنة الانسان المطلقة على ماله تقضي بان له نزع ملكيته عنه اذا اراد وحقيقة الاعراض ليس الا نزع الملكية وهو مسلط

على ماله كيف شاء ولكنه مدفوع بان الملكية نحو من السلطنة ولا يعقل ان يكون الشيء مقتضيا لعدم نفسه فثبوت السلطنة للانسان لا يدل على ان له نفي تلك السلطنة ونتيجة العقود والمعاملات ليس نزع السلطنة بل تبديلها وتحويلها فتدبره جيداً

ويبقى الكلام في مثل الالتزامات الضمنية (كالشروط) في ضمن العقود او الاستقلالية (كالنذور) وانها هل تثبت ملكية او ترفعها وذلك في مثل شرط النتيجة اونذر الغاية اولا يصح الا شرط اسبابها ونذر مباديها وظاهرهم الاتفاق على ان الشروط والنذور اسباب بنفسها تثبت الملكية وترفعها كالبيع ونحوه ولعل مستندهم عموم ادلة الشروط والنذور فان تم الاجماع على ذلك فهو والا فللتأمل فيه مجال

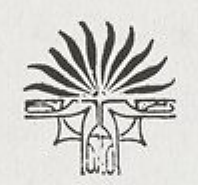
اما الزوجية وفكها بالطلاق اوالفسخ ونحوهما فلا ريب في عدم تأثير الشروط والنذور فيها قولا واحدا وانها لا تتحقق بنحو شرط النتيجة وانما يصح تعلق النذر اوالشرط بفعل اسبابها لانها مما علم من الشرع انها لا تحصل الا بتلك الاسباب الخاصة فاغتنم وتدبره ،،، ثم ان هذه القاعدة اعني قاعدة الاسباب من منفرداتنا لم نجدها في شيء من مؤلفات الاصحاب صراحة اللهم الا بالايماء والاشارة وقد استخرجناها من مطاوي النصوص ومتفرق كلماتهم كما ان المناقشة في جعل الاعراض من اسباب نزع الملكية بهذا البيان لم اجد من تعرض لها فيما وقفت عليه ولعلها محرره ولم استحضرها ، وحيث بلغ الكلام بنا الى هذا المقدار من ذكر ما حضرنا من القواعد المستدركة على قواعد المجلة وقد انهيناها

الى اثنتين وثمانين قاعدة وبضم مالخصناه من قواعد المجلة يبلغ الجميع مائة وسبع عشرة قاعدة جلها او كلها في خصوص العقود والمعاملات وما يلحق بها من بعض موازين القضاء وحسم الخصومات والنذر واليمين،، اما لو اردنا ان نحصي جميع القواعد التي يرجع اليها في عامة ابواب الفقه من العبادات والوصايا وابواب النكاح والرضاع والاولاد والنفقات والطلاق ومايلحق به من الخلع والظهار والايلاء واللعان والمطاعم والمشارب والصيد والذباحة والقضاء والميراث والشهادات لا يمكن ان تنتهي الى خمسمائة قاعدة او اكثر ،

اما الشهيد الاول رضوان الله عليه فقد جمع في كتابه المعروف (بالقواعد) اكثر من ثلثمائة قاعدة ولكن الانصاف ان كثيرا منها لا ينطبق عليها حد القاعدة التي هي قضية كلية يعرف منها حكم جزئياتها اومصاديقها فان بيان معنى السبب والشرط والمانع وان القيود بعضها توضيحية وبعضها احترازية ، وذكر الوجوه العديدة لقوله (ع)(نية المؤمن خير من عمله) وامثال ذلك كله ممالا يندرج في مفهوم القاعدة الا بتكلف بعيد ، وعلى كل فشكر الله مساعيهم ووفقنا لاتباع اثارهم في العلم النافع والعمل الصالح

ولنشرع في القصد الصميم من تحرير مافي المجلة من المعاملات كالبيع والاجارة وامثالهما على النهج والترتيب المسطور فيها وابداء ماعندنا من الرأي و بيان مايوافق مذهب الامامية منها مما يخالفه ، ثم نلحقه اذا وفق الله بجزء خاص في ما يسمونه بالاحوال الشخصية والله

المستعان على احوالنا العمومية والشخصية ومنه نستمد العناية والتوفيق



كتاب البيوع

تمهيد مفيد

عرفت في صدر الكتاب ان الفقهاء حصروا مسائل الفقه في اربعة انواع عبادات ومعاملات وايقاعات واحكام ، او بتعبير ثاني ،

عبادات ومعاملات وعادات وسياسات ،

والضابطة للعبادة الجامعة لجميع انواعها هو كون العمل ذا مصلحة توجب محبوبيته للشارع فان توقفت صحته والتقرب به على نية القربة فهو عبادة بالمعنى الاخص والا فان كان راجحاً ومقرباً بذاته وان لم يقصد به التقرب فهو العبادة بالمعنى الخاص والا فان كان بحيث يمكن التقرب به فهو العبادة بالمعنى الاعم ،

والاول اي العبادة بالمعنى الاخص تنقسم الى ثلاثة اقسام (بدنية محضة) كالصوم والصلاة والطهارة والاعتكاف ،

و (مالية محضة) كالزكواة والخمس والكفارات

و (جامعة للامرين) كالحج والعمرة

والثاني اي العبادة بالمعنى الخاص فهو مثل الجهاد والامر بالمعروف والنهي عن المنكر والقضاء والشهادات ويمكن ان يكون اكثر الواجبات الكفائية او كلها من هذا النوع ،

والثالث ، وهو العبادة بالمعنى الاعم - جميع الاعمال التي فيها رجحان ديني اودنيوي فانه لو نوى التقرب بعمل منها واتى به لله تعالى من

وجهه الحسن كان عبادة وعلى هذا فيمكن ان يكون جميع اعمال الانسان عبادة ومن هنا كان بعض الاعاظم يقول (ماعملت في عمري مباحاً قط فضلا عن المكروه اوالحرام) ،

واما المعاملات فالمفهوم الجامع لها هو الانشاء فان كان يتقوم بطرفين فهو العقود وان تقوم بطرف واحد فهو الايقاع ،

والعقود قسمان ، عقود اذنية مجانية . وعقود معاوضات تعهدية التزامية والاول مثل الوكالة والعارية والوديعة والهبة ونحوها وتسمية هذه عقود انما هو على اصطلاح الفقهاء لتقومها بطرفين وان اشكل صدق العقد عليها لغة وشرعاً فلا يشملها مثل (اوفوا بالعقود) لان المراد بها قطعاً العقود الالتزامية لامطلق ماشتمل على ايجاب وقبول ولو سلم صدق العقود عليها عرفاً وشرعاً ولكن وجوب الوفاء انما هو لهذا النوع الخاص من العقود لمناسبة الحكم والموضوع ضرورة ان تلك العقود من طباعها عدم اللزوم ولا معنى لوجوب الوفاء بها الا على معنى آخر وليست العقود الحقيقية سوى القسم الثاني وهي العقود الالتزامية اللازمة نعم يشكل هذا في المضاربة بناء على عدم لزومها مع انها من العقود الالتزامية ، وعلى كل فهي ايضاً على قسمين ، تقديرية وهي التي يكون حصول اثرها على تقدير خاص وذلك كالمزارعة والمساقات والمضاربة والسبق والرماية والجعالة العقدية فان الجميع وان كان المنشأ منجزا فعلا ولكن على تقدير حصول الربح في المضاربة اوالعايد في المزارعة وهكذا بخلاف القسم الثاني وهي التحقيقية فان المنشأ منجز فعلا بكل تقدير

وذلك كالبيع في تمليك الاعيان والاجارة فى تمليك المنافع فان كان تمليك العين بعوض فهو البيع وان كان بغير عوض فهو الهبة وكذا فى المنافع فان كان تمليكها بعوض فاجارة والا فعارية بناء على كونها تمليكاً مجانياً ، اما لو جعلناها اذناً واباحة او تمليكا للانتفاع فهي خارجة عن العقود ومن هنا يظهر ان الهبة المعوضة لا يراد بها المعاوضة بين الموهوبين والا لخرجت عن حقيقة الهبة بل المراد التعاوض بين نفس نفس الهبتين فهو تمليك مجاني مشروط بان يقابل بتمليك مجاني فلو قال وهبتك هذا بهذا بطل هبة. وهو حينئذ اما بيع صحيح بناء على عدم اختصاص حقيقته بالفاظ مخصوصة وجواز استعمال الفاظ عقد فى عقد آخر والا فبيع فاسد وعلى كل لا تكون هبة ، لان الهبة مأخوذ في حقيقتها المجانيه وعدم العوض للمال الموهوب

اما الصلح فهو اعم من الجميع وهو عبارة عما يفيد التسالم وقطع الخصومة فقد يفيد فائدة البيع تارة وتارة فائدة الاجارة . وهكذا يختلف باختلاف موارد الاستعمال . ثم ان بعض العقود قد يجري فيها القسمان فيكون نوع منها بنحو الاذن والاباحة ونوع بنحو العهد والالتزام والالزام كالوكالة فان القدر الجامع فيها وان كان اباحة التصرف ولكن قسما منها يكون على نحو العقد والالتزام ومنه الوكالة بجعل ويتوقف هذا النوع على الايجاب والقبول ويكون اثره السلطنة على التصرف بحيث لو عزل ولم يعلم الوكيل بالعزل كان تصرفه نافذاً . اما الاذني المحض فبمجرد رجوع الموكل عن الاذن يبطل تصرف

الوكيل وان لم يعلم وهذه هي الثمرة بين القسمين كما ان بعض العقود قد يكون جامعاً للجهتين فيكون من جهة عهديا التزاميا ، ومن جهة اخرى اذنياً صرفاً وذلك كالاجارة فانها من جهة تملك المستأجر المنفعة من النحو الاول ومن جهة قبض العين واستيلائه عليها من النحو الثاني وهو من الامانات المالكية وكل العقود الاذنية كالوديعة والعارية وغيرها من هذا القبيل ،

ولنرجع الى تحرير مواد (المجلة) في البيوع ،



(المقدمة)

في بيان الاصطلاحات الفقهية في البيوع

(مادة ١٠١) الايجاب : كلام يصدر من احد العاقدين لاجل انشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف ،

الايجاب مصدر اوجب كما ان الوجوب مصدر وجب ومادة هذا الثلاثي وان وردت في اللغة لمعاني كثيرة ولكن اجمعها واوسعها بل لعل اكثرها ترجع الى واحد وهو الوقوع والسقوط ومنه (فاذا وجبت جنوبها) و (وجبت الشمس) وغير ذلك والى هذا المبدأ يرجع الايجاب المستعمل في باب العقود فان المراد به ايقاع تمليك ماله لغيره بعوض فمعنى قولك اوجب البيع اي جعله امراً واقعاً محققاً كما تقول انت تجاه امر واقع وهذا الايقاع هو الذي تعبر عنه بالانشاء فتقول انشاء تمليك ماله او انشاء تمليك عين بعوض والجميع يرجع الى الايجاد اي الايجاد الانشائي الجعلي لا الايجاد التكويني فالايقاع الايجابي في العقود هو الانشاء الايقاعي في باب الايقاعات وكل منهما يحصل منه معنى ربطي بين اثنين وانما الفرق بينهما ،

(اولا) ان الطرف الآخر يقع المبدأ له وفي الانشاء الايقاعي يقع عليه ، و

(ثانيا) ان الموجب يعمل عملين عن نفسه وعن الطرف الآخر فيملك

(بالتشديد) ماله و يتملك مال المشتري وفي الانشاء الايقاعي يتقوم الامر بعمل واحد ولذا لااثر فيه لقبول الآخر وعدم قبوله بخلاف الايجاب في العقود فانه لما تضمن عملا يتعلق بغير الموجب احتاج الى امضاء الآخر وموافقته على ذلك العمل المتعلق به فكأن امر المعاملة لايتم الابالقبول فالقبول ليس الا امضاء ومطاوعة لفعل الموجب و ينحل ايضا الى تملك وتمليك ولكن من الرضا بفعل الموجب لا من فعله مباشرة فظهر من هذا البيان ان الموجب هو الذي يملك و يتملك سواء تقدم لفظه او تأخر والقابل هو الذي يرضى و يطاوع فعل الموجب تقدم كذلك او تأخر فقضية الموجب والقابل ليست قضية تقديم وتأخير وانما الفرق بينهما جوهري ومعنوي وحالهما يشبه في الجملة الكسر والانكسار وان كان ايضا بين المفامين فروق من جهات ولكن الغرض تصور ان القبول لايختلف تقدم او تأخر او تقارن فلو جوزنا تقدم القبول على الايجاب وفاقا لبعضهم سيما بمثل اشتريت وابتعت ونظائرها وقال الموجب بعده بعت واشتريت ونحوهما فالاول قبول والثاني ايجاب لان الاول مطاوعة لعمل الثاني اما ان المطاوعة هل يصح تقدمها ليصح تقدم القبول ام لامعنى لتقدمها فلايصح فسيأتي البحث فيه في مادة (١٦٩) انشاء الله وجل الغرض من هذا التحقيق بيان مافي عبارة (المجلة) من الخلل في ضابطة الموجب والقابل وتمييز احدهما عن الآخر وربما اتضح لك ان الخلل فيها من وجهين ،

(الاول) في جعل المدار على الاول والاخر والاولية والاخرية

ليس لها اثر في المقام، اصلا و

(الثاني) جعل الايجاب مايصدر لاجل انشاء التصرف وهذا اشد وهنا من الاول فان الذي ينشأ بالايجاب والقبول ليس هو التصرف بل ينشأ بهما التمليك والتملك او النقل والانتقال او المبادلة بين المالين او ما اشبه ذلك من الالفاظ التي يشار بها الى معنى واحد وهو ما يقع ويتحصل من العقد وبالعقد ـ والتصرف اثر ذلك المعنى اي اثر الملكية المنشأة بالعقد وتلخص من كل ماذكرنا ان الميزان العدل أن يقال ان الايجاب هوماينشأ به احد العاقدين تمليك ماله وتملك مال غيره والقبول هو الرضا بذلك والالتزام به،

(مادة ١٠٣) العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما امراً

وهو عبارة عن ارتباط الايجاب بالقبول

العقود الفاظ واقوال وهي من مقولة الفعل، والالتزام صفة نفسانية من مقولة الكيف، والارتباط وصف قائم بالايجاب والقبول وهو من مقولة النسب والاضافات فلا ربط لكل واحد من هذه المفاهيم المتغايرة بالاخر ولا وجه لتفسير بعضها ببعض.

فالعقد ليس التزاما ولا ربطا ولا ارتباطاً وانما هو الايجاب المرتبط بالقبول اي الايجاب المقترن بقبوله. وليس المنشأ بالايجاب الالتزام بل الذي ينشؤ به هو التمليك او المبادلة ولازمه عقلا وشرعاً هو التعهد والالتزام ولا شيء منهما بمدلول للايجاب لا بالتضمن ولا الالتزام فضلا عن المطابقة وليس الايجاب كما عرفت إلا جعل ملكية زيد لدارك امراً واقعاً

وحيث انك انشأت هذه الملكية واوقعتها وجعلتها امراً واقعاً فيلزمك عقلاً وشرعاً ان تلتزم بها ولا تنقضها فالالتزام حكم من احكام العقد لا نفس العقد ولا جزء منه بل ولا لازم له بل عرض من عوارضه المفارقة وكذا الكلام في الارتباط فانه وصف اعتباري ركني لركني العقد وهما الايجاب والقبول لاجزء منه ولامدلول له وانما هو معنى حرفي غير مستقل باللحاظ حتى يفسر به العقد على ان الوصف المعتبر في الايجاب والقبول هو الربط لا الارتباط فان المتعاقدين يربطان كلا منهما بالآخر ولكنه قد يرتبط وقد لا يرتبط وحال الربط والارتباط حال العقد والانعقاد نظير الكسر والانكسار فاذا كان العقد صحيحاً جامعاً للشرائط شرعاً وعرفاً تقول عقدته فانعقد وان لم يكن كذلك تقول عقدته فلم ينعقد كما تقول كسرته فانكسر تارة وكسرته ولم ينكسر اخرى، وهكذا الربط والارتباط وبهذا البيان يتضح المراد بمادة (١٠٤) الانعقاد تعلق كل من الايجاب والقبول بالاخر على وجه مشروع يظهر اثره في متعلقهما، وكان حق التعبير ان يقال الانعقاد وقوع الايجاب والقبول بنحو يترتب عليه الاثر المقصود من العقد، فانعقاد البيع ان يقع الايجاب والقبول بنحو مؤثر للملكية وانتقال المبيع الى المشتري والثمن الى البائع، وانعقاد النكاح ان يكون الايجاب والقبول مؤثرا زوجية كل من الرجل والمرأة للاخر وهذا هو الاثر المطلوب من العقد وبعبارة اجلى ان العقد مؤثر والانعقاد اثر والاول موضوع والثاني حكم اوهو سبب والاخير مسبب الى كثير من امثال هذه العبارات الدالة على معنى واحد ومن كل ذلك

ظهر لك ان الانعقاد ليس هو التعلق بل هو اثر الايجاب المتعلق مع بقية الشرائط فتدبره جيداً ،

(مادة ١٠٥) البيع مبادلة مال بمال

على وجه مخصوص و يكون منعقداً وغير منعقد

شاع عند فقهاء الفريقين تعريف البيع بالمبادلة المزبورة ومن المعلوم ان المراد بها الاشارة الى حقيقة البيع من بعض وجوهها لا من كل وجه والا فالبيع ليس مبادلة بل تبديل وليس تبديل مال بل تبديل عين بمال لتخرج الاجارة وكيف كان فلا يراد بامثال هذه العبارات التعريف الحقيقي اذليس البيع سوى مفهوم اعتباري ليس له جنس وفصل حقيقة حتى يعرف بهما ولكن يقصد بذلك الاشارة الى ذلك المفهوم باخص لوازمه التي تحكي عنه و ينبغي اولا معرفة ان للبيع اطلاقين

(احدهما) ماهو من فعل البائع فقط حيث يقول للمشتري بعتك داري بكذا و بعته فلم يقبل وامثال ذلك من الاستعمالات الشايعة الكثيرة

و (الثاني) ماهو المركب من فعل البائع والمشتري وهما الايجاب والقبول وهو الاكثر استعمالا سيما عند الفقهاء والمتشرعة بل وعند العرف حيث يقال (باع فلان داره) و (قد وقع البيع صحيحاً ، او وقع فاسدا) وهو مقصود المؤلفين في الفقه بقولهم كتاب البيع وعقد البيع وامثال ذلك ، والتعريف الحقيقي اوالتقريبي تارة يكون بلحاظ المعنى الاول واخرى بلحاظ المعنى الثاني ،

والتعبير بمبادلة مال بمال لا ريب انه ناظر الى اطلاقه بالمعنى الاول اعني فعل البائع فقط ومغزى هذه الجملة الاشارة الدقيقة الى ان جوهر البيع مبادلة بين المالين اصالة و يلزمه المبادلة بين المالكين والملكيتين تبعاً بخلاف الارث والهبة فان التبادل فيهما بين المالكين اصالة ويستلزم تبدل الملكيتين تبعاً وليس ثمة تبادل في المال طبعاً لان المال واحد، ولكن هذه الخاصة لا تخص البيع فقط بل تعم جميع المعاوضات المالية وتحليل جذرها الدفين ان الملكية نوع من الجدة وهي نوعان، اضافة مقولية وهي من اضعف مراتب الجدة، واضافة اشراقية وهي من اعلى مراتبها كواجدية الحق جل شأنه لمخلوقاته والمضاف هنا عين الاضافة فمالكية الانسان لامواله عبارة عن اضافة بينه و بين المال واحد طرفيها المالك وطرفها الاخر المال وعند المعاوضة يبدل النسبة من طرف المال فيحولها من هذا المال الى مال آخر لا انه يرفع الملكية كلها او يبدلهما من طرف النسبة اليه، ومالكيته لماله وسلطنته عليه تخوله تبديله بمال آخر وتحويل نسبة هذا المال اليه بنسبة ذاك المال لا تحويل نفس الملكية والسلطنة ضرورة ان الغرض المهم في المعاوضة المال لا ان فقط فالتبديل انما يكون بالنسبة الى جهة المال و يتبعها جهة المالك بل يمكن ان يلاحظ عدم التبديل الا في جهة المال فقط نظراً الى ان تلك النسبة والاضافة الى المالك باقية بحالها وانما تبدل طرفها الثاني: فقد كانت مرتبطة بذلك المال وبعد البيع والمبادلة ارتبطت بالمال الاخر فهو اي البيع حقيقة تبديل مال بمال فقط لا تبديل مالك بمالك ولا تبديل ملكية بملكية، نعم هي في الهبة تبديل مالك بمالك وملكية باخرى.

وكذلك في الارث ، ومايقال من انه ليس للملكية ملكية حتى يقدر على نقلها الى الغير وليس له على السلطنة سلطنة حتى يتمكن بها من التصرف في ذات سلطنته مدفوع بانه لاحاجة الى ملكية اخرى وسلطنة ثانية ، لان كلما بالعرض لابد وان ينتهي الى مابالذات والاشياء كلها تظهر بالنور والنور ظاهر بنفسه لابنور آخر والماهيات كلها توجد بالوجود والوجود موجود بنفسه لابوجود آخر كي يتسلسل ، نعم السلطنة على الشيء لايمكن اسقاطها ونزعها ولكن يمكن خلعها على الغير ودفعها وهذا البحث على اختصاره من العلم المخزون فتدبره واحتفظ به

وقد تجلى لك صحة ان يقال ان البيع تمليك عين بعوض والهبة تمليك مال بلا عوض ويكون المراد بالتمليك هو ذلك التبديل المنشأ بقول البائع بعت فان لحقه القبول حصلت المبادلة واقعاً وتم العقد وتحقق المعنى الثاني للبيع والا فهو بيع بالاطلاق الاول فقط ولم يحصل سوى المبادلة انشاء ، والانشاء (كما يقال) خفيف المؤنة ، وهناك اطلاق ثالث للبيع يستعمل في مقام النذور والعهود والايمان والشروط ، فاذا نذر او حلف او شرط في عقد لازم ان يبيع داره لايحمل على ارادة محض الايجاب بحيث يبره بمجرد قوله بعت داري وان لم يكن هناك قبول ولا على ارادة العقد اي مجموع الايجاب والقبول فان ذلك غير داخل في قدرته بل يحمل على ارادة الايجاب في محل القبول اي الايجاب المتعقب بالقبول فيهيء الناذر مشترياً حتى يكون قبوله محققاً ويبرأ من نذره او يمينه ويفي بشرطه كما قد يطلق على معنى رابع وهو اثر العقد فيقال البيع انتقال

المال بعوض فيكون من قبيل اطلاق السبب على المسبب ، اما التقييد بالوجه المخصوص كما في (المجلة) فهو مستدرك لافائدة فيه لانه ان اريد به (الفاظ بعت وشريت) ونحوهما من الصيغ الخاصة فهو اشبه بالدور وان اريد به معنى آخر فهو مبهم واللازم في التعاريف الايضاح لا الابهام

(مادة ١٠٦) البيع المنعقد هو البيع الذي ينعقد على الوجه المشروع وينقسم الى صحيح وفاسد ونافذ وموقوف ،

لعل المراد بالوجه المشروع - الوجه المذكور في المادة المتقدمة يعني انه مبادلة مال بمال كي تصح القسمة ولو كان المراد بالمشروع ماهو الصحيح شرعاً لم يتجه تقسيمه المزبور كما هو واضح وعلى كل، فالاقسام الاربعة اصطلاح (ولا مشاحة في الاصطلاح) ولكن الاقسام الصحيحة للبيع من حيث النفوذ وعدمه ثلاثة - فان البيع اما ان يقع صحيحا شرعا صالحا للتأثير او يقع باطلا لا اثر له والاول اما ان يكون اثره فعلا فيكون منجزاً او يكون تأثيره مراعى بأمر متأخر عنه ،

(فالاول)هو عقد المالك الجامع للشرائط ،

و (الثاني) هو عقد الفضولي المراعى بالاجازة ،

فحق القسمة المتجهة ان يقال - البيع اما صحيح اوفاسد، ، والصحيح اما نافذ اوموقوف ، فالقسمة ثلاثية لارباعية ، وتعبير (المجلة) مختل حيث جعلت المقسم قسمين ،

عندنا ان الفاسد والباطل سواء اذالمدار على التأثير وعدمه وهما

سواء في عدم التأثير وان اختلف السبب

(مادة ١٠٧) البيع الغير منعقد هو البيع الباطل

كأنهم اصطلحوا على البطلان فقد الاركان مثل بيع الصغير او المجنون او بيع ماليس بمال . والفساد على فقد الشروط كعدم القدرة على التسليم اوبيع المجهول . والبطلان والفساد عندنا شيء واحد . كما سبق

(مادة : ١٠٨) البيع الصحيح هو الجائز والمشروع ذاتاً ووصفا

اي من حيث ذاته وتمامية اركانه ومن حيث استجماع شرائطه وعدم موانعه .

(مادة ١٠٩) البيع الفاسد هو المشروع اصلا لاوصفاً .

يعني يكون صحيحاً باعتبار ذاته فاسداً باعتبار بعض اوصافه الخارجية وقد تقدم تفسيره .

(مادة ١١٠) البيع الباطل لايصح اصلا

وهذا واضح بعد معرفة ان البطلان فقد الاركان

(مادة ١١١) البيع الموقوف بيع يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي

حق المقام ان يقال ان الموقوف هو العقد الذي يتوقف تأثيره على اجازة غير العاقد اما لكونه مالكا اولتعلق حق له في احد العوضين والاول كبيع الفضولي والثاني كبيع الراهن الموقوف على اجازة المرتهن وبيع المحجور عليه لسفه اوفلس الموقوف على اجازة الولي اوالحاكم

(مادة ١١٢) الفضولي هو من يتصرف بحق الغير بدون اذن شرعي

لايخفى قصور هذا التعبير بل عدم مطابقته لمعنى الفضولي وحقه ان

يقال هو من يتولى العقد بدون اذن لا من المالك كالوكيل ولا من الشارع كالولي

(مادة ١١٣) البيع النافذ هو الذي لا يتعلق به حق الغير

وهذا تعريف بالاعم اذ ليس كل بيع لا حق فيه للغير يكون نافذا بل هو الجامع لشرائط العقد الفاقد للموانع واخصر من ذلك هو المؤثر من حينه ، وينقسم الى لازم وغير لازم

(١١٤) واللازم هو النافذ العاري عن الخيارات

قد مرت الاشارة الى ان العقود من حيث الجواز واللزوم على ثلاثة انواع (١) لازمة من الطرفين ذاتا كالبيع والاجارة والصلح والحوالة والنكاح والصدقة وغيرها . وقد يدخلها الفسخ والجواز لسبب عارض ولكن هي باطلاقها لازمة (٢) ما يلزم بالنسبة الى احد الطرفين كالرهن بالنسبة الى الراهن لا المرتهن والخلع بالنسبة الى الزوج لا الزوجة (٣) العقود الجائزة من الطرفين كالشركة والوكالة والمضاربة والوديعة وغيرها

(مادة ١١٥) البيع الغير اللازم هو البيع النافذ الذي فيه احد الخيارات

هذا تعريف بالاخص بل الغير اللازم ما يجوز لكل واحد من الطرفين او احدهما حله لذاته او لخيار فيه ، كي يشمل العقود الجائزة

(مادة ١١٦) الخيار كون احد العاقدين مخيرا

هذا اشبه ما يكون بتفسير الشيء بنفسه او يشبه كونه دورا . بل الخيار كما سيأتي في بابه انشاء الله ، هو سلطنة احدهما او كليهما على حل العقد وفسخه مطلقا او في حدود خاصة . او حق استرجاع كل منهما لماله على

اختلاف الرائين في حقيقة معنى الخيار

(مادة ١١٧) البيع البات هو البيع القطعي

هذه مستدركة فان البات ان كان هو اللازم فقد تقدم وكذا ان كان هو النافذ، وان ارادوا به المنجز في قبال المعلق فالمعلق فاسد والبات هو الصحيح وقد تقدم ايضاً فتدبره

(مادة ١١٨) بيع الوفاء :

هو البيع بشرط ان البايع متى رد الثمن يرد المشتري اليه المبيع وهو في حكم الجائز بالنظر الى انتفاع المشتري به وفي حكم الفاسد بالنظر الى كون كل من الطرفين مقتدرا على الفسخ وفي حكم الرهن بالنظر الى ان المشتري لا يقدر على بيعه الى الغير .

بيع الوفاء هو المعروف ببيع الخيار او بيع الشرط اي شرط الخيار لاخيار الشرط

وقد تقدم انه عند اصحابنا الامامية بيع صحيح نافذ كسائر البيوع الخيارية ولا وجه للحكم بانه بيع فاسد وكون كل من الطرفين مقتدرا على الفسخ لا يجعله فاسدا والا لفسدت اكثر البيوع الخيارية كما ان كون المشتري لا يقدر على بيعه لا يصيره بحكم الرهن على ان عدم قدرته على البيع محل كلام وسيأتي تمام البحث فيه في محله انشاء الله

(مادة ١١٩) بيع الاستغلال :

هو بيع المال وفاء على ان يستأجره البايع

هذه ايضاً مستدركة وهو بيع الوفاء بعينه ولا فرق بين ان يستأجره

البايع اوغيره ولا ثمرة عملية في البين

(مادة ١٢٠) البيع باعتبار المبيع ينقسم الى اربعة اقسام بيع المال بالثمن وبما انه اشهر البيوع يسمى بالبيع المطلق، القسم الثاني بيع الصرف والثالث بيع المقايضة والرابع السلم والاستصناع

لايخفى خلل هذا التقسيم بعدم نظمه ولا وجه لادخال السلم ورديفه هنا فاعلم ان البيع ينقسم باعتبارات شتى الى اقسام شتى ، وقد ادخلت (المجلة) بعضها في بعض والقسمة المحررة ان يقال : ينقسم البيع باعتبار جنس العوضين الى ثلاثة اقسام لانها اما ان يكونا معاً من النقدين – اي الذهب والفضة المسكوكين او كلاهما من العروض اي غير النقدين ، او احدهما من النقدين والآخر من غيرهما ، فالاول بيع الصرف ، والثاني المقايضة ، والثالث البيع الشائع ، ولا يحسن رسمه بالمطلق فان الجميع مطلق من وجه ومقيد من آخر .

ثم ينقسم (ثانياً) باعتبار تعجيل العوضين او تأجيلهما الى اربعة انواع ايضاً لانه اما ان يكونا معاً حالين معجلين وهذا لايحتاج الى تقييد في العقد بل يكفي ارسال العقد واطلاقه . ولنسمه البيع المرسل او المعجل واما ان يكون الثمن معجلا والمثمن مؤجلا وهذا بيع السلم و يدخل فيه الاستصناع كما سيأتي ، او يكون الامر بالعكس فهو بيع النسيئة ، اويكون معاً مؤجلين وهو بيع الكلي في الذمة بالكلي و يمكن جريانه في الشخصي ايضاً وقد يحمل عليه بيع الكالي بالكالي في بعض تفاسيره .

ثم ينقسم (ثالثاً) باعتبار ذكر البائع رأس المال الذي اشترى به

السلعة التي يريد بيعها وعدم ذكره ايضاً الى اربعة اقسام فانه اما ان لايذكره اصلا كماهو الغالب والشايع وهو (المساومة)، واما أن يذكره و يبيع بذلك المبلغ بدون زيادة وهو (التولية)، واما ان يزيد عليها شيئاً من الربح فهو (المرابحة)، واما ان ينقص عنها شيئاً فهو (الوضيعة) وكان على ارباب (المجلة) ان يذكروا ذلك .

وهناك تقسيمات اخرى ايضا يأتي كل قسم في محله و بما ذكرنا ظهر تحرير مادة (١٢١ و١٢٢و١٢٣ و١٢٤) الاستصناع وسيأتي انه اما ان يكون اجارة اوسلما

(مادة ١٢٥) الملك ماملكه الانسان سواء كان اعيانا او منافع

هذا ايضا تفسير الشيء بنفسه كتفسير الماء بالماء والاحسن ان يقال : ان الملك اضافة بين الانسان وبين الاموال تقتضي سلطنته عليها ثم الاموال اعيان ومنافع وحقوق ومثله مافي :-

(مادة ١٢٦) المال هو ما يميل اليه طبع الانسان

و يمكن ادخاره الى وقت الحاجة منقولا اوغير منقول.

لاتليق بالكتب العلمية مثل هذه التعاريف التي يشبه ان تكون عامية وقد عرفت في صدر الكتاب انه ليس للمال حقيقة سوى اعتبار العقلاء وليس اعتبارهم جزافاً بل له مدرك صحيح فانهم يجعلون الموجودات الخارجية قيمة ومالية باعتبار المنافع التي تستغل منها ، و بمقدار الحاجة اليها والانتفاع بها والثمرات المرتبة عليها فالاطعمة انما اعتبر العقلاء لها مالية بالنظر الى ماوجدوا من مسيس الحاجة اليها وتوقف حياة البشر

عليها وهكذا الاراضي والحيوان والمعادن كلها كانت مالا بملاك الحاجة والمنفعة ، ولما كانت مالية الشيء عند العقلاء باعتبار المنفعة به اذن فنفس المنفعة احق بان تكون مالا وان تقدر لها قيمة ، وكذلك الحقوق مثل حق الشرب والاستقاء وحق المرور بل وحق الخيار وحق الشفعة كل هذه الامور اموال لانها بنظر العرف ذات منفعة يبذل بازائها المال فان شئت فقل : ان الاموال هي الاعيان والمنافع والحقوق ، واما المالية فهو اعتبار عقلائي في الاعيان الخارجية ومنافعها وناشئ من الحاجة اليها واختلاف الرغبات فيها ثم جعلوا لتلك الاشياء المقومة للمعايش والتي تختلف الرغبات فيها معيارا يكون ميزانا فاختاروا للتبادل النقدين وصيروهما المقياس العام ثم توسعوا في ذلك فجعلوا الورق وما اشبهها من نحاس وغيره بدلا عنها ومرتكزا عليها فالمال كما ذكرنا اعتبار محض ولكن تارة يكون بالجعل المحض واخرى يكون من جهة المنفعة والحاجة وغزارة الآثار والخواص وعلى كل فلا دخل للميل وعدمه في مالية الشيء وعدمها ، كما لادخل ايضاً للادخار وعدمه فيها . فالفرس مال وان كنت لاتميل اليها ، والوردة ليست مالا وان كان كل احد يميل اليها ، وهكذا . نعم الغالب ان المال تميل اليه النفوس ولكن ليس هو ملاك المالية ولا دخل له في حقيقتها اصلا وان كان يلازمها في الغالب وانما تدور المالية مدار اعتبار العقلاء الناشئ من الحاجة والمنفعة المعتد بها لا المنافع التافهة كالحشرات والقاذورات ونحوها وان كان ينتفع بها في التسميد ونحوه فتبدبر واغتنمه .

(مادة ١٢٧) المال المتقوم يستعمل في معنيين الأول ما يباح الانتفاع به ، والثاني : المال المحرز ، فالسمك فى البحر غير متقوم واذا اصطيد صار متقوماً بالاحراز .

هذان المعنيان غير متقابلين ولا متعادلين . وهذا نظير ان تقول الانسان اما كاتب او ابيض مع ان الابيض يكون كاتبا والكاتب يكون ابيضا . وما يباح الانتفاع به قد يكون محرزاً . والمحرز قد ينتفع به . وتحرير هذه المادة على الصناعة العلمية . ان المال الذي عرفت حقيقته وهو المال المتقوم اي الذي يكون له في حد ذاته قيمة ، تارة تكون ماليته فعلية واخرى تقديرية ، (فالاول) كالاعيان الذي فى قبضة الانسان المحرزة عنده و (الثاني) كالاموال التي لم يحصل الاستيلاء عليها ولم تحرز في سلطة احد مثل السمك فى البحر والمعادن في الارض والطيور في الهواء فاذا صيدت الطيور او استخرج المعدن صارت ماليتها فعلية والا فهي اموال حقيقية ولكنها تقديرية ومعنى كونها مالا حقيقة له ان ملاك المالية قائم فيها وهو الحاجة وعظيم المنفعة وحيث انها لم تقع بعد فى اليد فليست بمال فعلا ، ثم الاموال الفعلية ان كانت بحيث يباح الانتفاع بها المنفعة المهمة منها كالاكل في اللحوم والشرب فى المايعات واللبس فى الجلود فهي ذات مالية فعلية شرعية وان كانت لا يباح منها عند الشارع المنفعة المهمة المقصودة منها ، ولكن يستبيحها من لا يلتزم بالشرع او من يتدين بشرع يبيحها كالخمرة ولحم الخنزير وربما يبذل الكثير من البشر المال الغزير بازائها فهي ذات مالية

فعلية ولكنها غير شرعية فهي اموال غير مشروعة لايصح بيعها وشراؤها واي معاملة عليها لان المالك الحقيقي اسقط ماليتها ولا تصح المعاوضات عنده الا على الاموال ،فالشاة المذكاة مال فعلي حقيقة شرعاً وعرفاً بخلاف الميتة فان الشارع لما حرم اكلها وهي المنفعة المقصودة من مثلها سقطت عن المالية وان كان فيها كما في الخمرة منافع كثيرة ولكن حرمة شرب هذا وحرمة اكل تلك في الشريعة الاسلامية المقدسة اسقطها وان كانت ماليتها محفوظة عند من لايتدين بهذه الشريعة اوالنازعين فيها اوالكاذبين في الانتساب اليها ، هكذا يجب ان تحرر المسائل ولله المنة

(مادة ١٢٨) ومادة (١٢٩)

هاتان المادتان غنيتان عن البيان وكل احد يعرف المال المنقول وغير المنقول فلاحاجه الى تعريفها ٠

اما الاشجار والغروس فهي من غير المنقول بخلاف الثمار والزروع على ان الثمرة بين المنقول وغيره في الفقه نادرة ٠

(مادة ١٣٠) النقود : جمع نقد وهو عبارة عن الذهب والفضة

لايخفى مافيه من التسامح فان النقود هي المسكوكات من الذهب والفضة لامطلق الذهب والفضة ، اما غير المسكوك منها اوالمسكوك من غيرهما فهو من العروض ، والنقود يعتبر في صحة التعامل بها امران : سكة السلطان والوزن المخصوص ويجري عليها حكم المعدود من جهة - وحكم الموزون من جهة اخرى فلا يصح فيها الربا كما يصح في المعدودات

وان كانت تعد من المعدود ولـكن الوزن الخاص ملحوظ فيه وسكته في الغالب دليل على مقدار وزنه فتغني عن اعتباره ، اما المسكوكات النحاسية وامثالها من غير الذهب والفضة فالاقوى انها من المعدودات فقط والوزن غير ملحوظ فيها اصلا وان كان الاحوط اجتناب الربا فيها فلا يجوز بيعها بالتفاضل ، اما الورق والانواط القائمة مقام النقدين فالاقوى عندنا انها تعتبر نقوداً فيحرم فيها التفاضل وتجب فيها الزكاة ويعتبر فى بيعها التقابض فى المجلس وكلما يجري على النقدين يجرى عليها ،

(مادة ١٣١) العروض جمع عرض (بالتحريك) وهي ماعدا النقود والحيوانات والمكيلات والموزونات كالمتاع والقماش ·

الظاهر ان ماعدا النقدين والاراضي داخل فى العروض سيما الاطعمة والفواكه والافرشة وسائر الادوات التي يحتاج اليها فى مرافق الحياة

[مادة ١٣٢] المقدرات : ما تتعين مقاديرها بالـكيل اوالوزن او العدد اوالذراع الخ ...

المقدرات هي ذوات الكم من الجسم التعليمي المشتمل على الابعاد الثلاثة وذوات الكم ان كان متصلا فاما ان يكون المطلوب منه معرفة ثقله فيعتبر بالوزن [والكيل طريق اليه] او المطلوب معرفة امتداده وطوله وعرضه فيعتبر مساحته بالذراع وان كان الكم منفصلا فبالعدد فمقادير الاجسام تعرف بالـكيل اوالوزن اوالعدد او الذراع ولـكن الكيل يرجع الى الوزن والذراع يرجع الى العدد فاصول المقاييس · اثنان

وزن : وعدد .

نعم هنا قسم آخر لم تذكره (المجلة) يغني عن الوزن والعدد وغيرهما في غير المعدود والمكيل والموزون وهي المشاهدة كما في الاحطاب والزروع جزة وجزتين وقطفة وقطفتين ، بل وكثير من الافرشة والالبسة كالعبا والقبآء والثياب المخيطة والكتب والأواني الزجاجية وغيرها وكثير من الآلات والادوات فكان يلزم ذكرها ولعلها اكثر من المكيل والموزون والمعدود .

(تحرير وتحوير)

يظهر ان اصحاب (المجلة) الفوها متأثرين بظروفهم الخاصة والمحيط الذي كانوا فيه الذي كان اكثر اهاليه ممن لا يعرفون الاذروا من العربية ولا يعرفون ذلك ايضاً الا تلقيناً وتحفيناً ، وقد اضطرتهم تلك الظروف ان يذكروا في (المجلة) كثيراً من المواد التي يجدها العربي الاصيل (بل والدخيل) من الفضول والتوافه ومن قبيل توضيح الواضحات مثل مادة (١٣٣) المكيل مايكال ... (١٣٤) الموزون مايوزن (١٣٥) المعدود مايعد (١٣٦) المذروع مايقاس بالذراع ، وهكذا الى ان تصل المهزلة الى مادة (١٦٠) البايع هو من يبيع (١٦١) المشتري هو من يشتري (١٦٢) المتبايعان هما البايع والمشتري ...

فهل يليق بالكتب العلمية سيما التي تدرس في المدارس العالية ان تشتمل على مثل هذه السفاسف التي هي اليوم من قبيل مايقال (السماء فوقنا) والتي لايترتب على نشرها اي فائدة .

(وفسر الماء بعد الجهد بالماء)

واذا كان لاصحاب (المجلة) عذر من جهة ظروفهم فأي عذر لمن يعنيهم الامر اليوم في ابقاء هذه المواد على ماهي عليه مما لايتناسب مع عصرنا ومحيطنا ، وما العذر في ترك هذا الكتاب على علاته من دون تحرير اوتحوير ،

ومادفعنا الى النهوض بهذه الاعباء الاخدمة العلم وتسهيل السبيل الى الاسس الرصينة لنشئتنا الحديثة ونشئنا الناهض وتمرينهم على طلب الحقائق الجوهرية وعدم الجمود على تسطير المواد والصناعة اللفظية ، والرصانة والمتانة هي الهدف الاسمى في كل شئ سيما في العلوم والقضايا الحقوقية ، وبالله المستعان وهو حسبنا ونعم الوكيل .

واكثر المواد المسطورة هنا اعني في ذيل هذه المقدمة من ذلك الاسلوب الواهي ، واللازم ان نقتصر على المهم النافع منه : مثل .

(مادة : ١٤٥) المثلي مايوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به ،

اختلف فقهاؤنا في تعريف (المثلي) وما يقابله وهو (القيمي) وليس المراد التعريف والحد الحقيقي طبعاً بل القصد إعطاء الضابطة للتمييز بينه وبين القيمي حتى يستراح اليه عندالشك في موارد الضمانات حيث ان المثلي يضمن بالمثل والقيمي يضمن بالقيمة فلابد من ضابطة

يتميز بها المثلي من القيمي . وقد اختلفت كلمات فقهائنا في تعريف المثلي وعرفه المشهور بانه مايتساوى اجزاؤه من حيث القيمة . يعني اذا كانت (حقة الحنطة) قيمتها درهم فربعها ربع درهم وهكذا بخلاف القيمي فان الحيوان الذي تكون قيمة مجموعه الفاً قد لا تكون قيمة نصفه مائتين والجوهر الذي وزنه مثقال قد يكون قيمته الفين ولكن ربعه قد لا تبلغ قيمته مائة، وبالجملة ، كلما يكون لهيئته الاجتماعية مدخلية في ثمنه فهو مثلي والا — فهو قيمي · ثم اطالوا النقوض على هذا التعريف وطال النقض والابرام وعرفوه بتعاريف اخرى تحريا للاقرب الى الحقيقة مثل قولهم : « المثلي ما تماثلت اجزاؤه وتقاربت صفاته » وعرفه آخر بما تساوت اجزاؤه في الحقيقة النوعية يعني ان اسم الحقيقة النوعية كما يصدق على مقدار مجموع منه كذلك يصدق على كل واحد من ابعاضه حتى القبضة بل الحبة والحبتان منها· ولا بأس بهذا التعريف وان كان ينتقض بكثير من القيميات كالجوهر · فان اسم النوع الصادق على مجموعه يصدق على ابعاضه · وقد اتفقوا على ان الجواهر بجميع انواعها قيمية كما اتفقوا على ان المسكوكات بل مطلق الذهب والفضة مثلية ، والتحقيق عندنا في المقام : ان هذا البحث (اعني تعريف المثلي والقيمي) ينبغي ان يكون ساقطاً من اصله اذلم يرد في دليل من كتاب اوسنة ، هذان اللفظان حتى يلزمنا البحث عن معناها وطلب المائز بينهما وادلة الضمان كقاعدة اليد وغيرها لم تتعرض لبيان مابه الضمان وانما مفادها ان المال في عهدة واضع اليد او المتلف اوالغار او غير ذلك وقد اوضحنا ان معنى

الضمان هو العهدة عقلا وعرفاً بل ولغة وشرعاً ومقتضاه وجوب رد العين اذا كانت موجودة ورد الاقرب فالاقرب اليها اذا كانت تالفة وحيث ان الاقرب الى العين بعد تلفها هو المثل مطلقاً سواء كان مثلياً على مصطلحهم اوقيمياً بل ندور مدار صدق كونه مثله عند العرف فان تمكن من غير عسر وحرج من تحصيل مثله وجب ليدفعه الى المضمون له سواء كان تحصيله من الاسواق او من البيوت اوغير ذلك وسواء امكن بثمن المثل اواقل او اكثر اذا لم يبلغ الاجحاف فيلحق بالمتعذر واذا تعذر المثل اوتعسر رجع الى القيمة ، اماقيمة يوم القبض او يوم التلف او يوم الدفع اواعلى القيم فيما بينها على الخلاف الذي مرت الاشارة اليه : والفرق كالصبح واضح بين هذه الطريقة وطريقة المشهور فانهم بعد ان قسموا الاشياء الى مثلية وقيمية اوجبوا ضمان المثل بمثله والقيمي بقيمته فلا حق للضامن بدفع المثلي عن القيمي مع التمكن . كما لاحق له بدفع القيمة عن المثل في المثلي مع تيسيره الا مع التراضي الذي هو كمعاملة جديدة .

،،، اما على اختيارنا فالواجب عليه تحصيل المثل ودفعه مهما كان الشيء ولايهمنا كونه مثلياً اوقيمياً ، فان تعذر اوتعسر لزمه دفع القيمة

اما تعريف (المجلة) فيمكن تطبيقه على مااخترناه ، سوى ان التقييد بوجوده في السوق مستدرك ، ولو عبروا عنه بما يمكن تحصيل مماثله بدون تفاوت يعتد به وبدون مشقة واجحاف ، والقيمي مايتعذر تحصيل مثله او يتعسر الا باجحاف لكان اقرب الى الصواب ؛ و يؤيدمااخترناه

من ان الاصل في الضمان هو المثل ، قوله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى) ، (وجزاء سيئة مثلها) اما القيمة فهي بدل قهري تقضي به الضرورة والاحوال الاستثنائية فتدبره .

(مادة ١٥٢) الثمن مايكون بدلا للمبيع و يتعلق بالذمة

(مادة ١٥٣) الثمن المسمى هو الذي يسميه ويعينه المتعاقدان وقت البيع بالتراضي سواء كان مطابقاً لقيمته الحقيقية اوناقصاً عنها اوزائداً ،

هاتان المادتان - مادة واحدة - لأن الذي يكون بدلا للمبيع هو المسمى الذي قد يساوي القيمة السوقية وقد ينقص وقد يزيد ، ثم ان المسمى الذي يكون بدلا للمبيع قد يتعلق بالذمة وقد يكون عيناً شخصية فقصره على الاول مما لاوجه له على الظاهر ، وتحرير القضية ان البيع مضافاً الى ماتقدم له من الاقسام ينقسم ايضاً باعتبار كلية العوضين اوجزئيتهما الى اربعة اقسام لانهما اما ان يكونا معاً عينين شخصيتين فالبيع شخصي اويكونا معاً كليين فالبيع كلي اويكون المبيع شخصياً والثمن كلي في الذمة ولعله الغالب اويكون بالعكس كما هو في السلم بالنسبة الى المبيع فانه كلي ابدا ، اما الثمن فيصح ان يكون جزئياً و كلياً وتختلف هذه الاقسام في الاحكام سيما من حيث التلف قبل القبض ثمنا اومثمنا ، كما سيأتي في كل واحدفي محله .

(مادة ١٥٤) القيمة هي الثمن الحقيقي للشيء .

لعله غير خفي على النبيه ان ليس لشيء من الاعيان المتقومة اعني الماليات قيمة حقيقية بل تختلف قيم الاعيان باختلاف المكان والازمان

والقلة والكثرة والرغبات المنبعثة عن الحاجة احيانا وعن التوسع والترفه في الاكثر فرب سلعة في بلد لها قيمة وفي بلد آخر تجاورها اكثر منها اواقل بل وفي بلد واحد قد تختلف قيمة الشيء الواحد باختلاف الايام والفصول ، وهذا يكشف عن كون الاشياء ليس لها قيمة حقيقية بل ليس حقيقة القيمة الا امر اعتباري يختلف باختلاف الظروف التي ينشأ منها الاعتبار فقول (المجلة) ان القيمة هي الثمن الحقيقي ناشيء من عدم امعان النظر ، والظاهر انهم يريدون ان الثمن الحقيقي في مقابل الثمن المسمى وهي قيمة الشيء في حد ذاته ، ولو عبروا بان ثمن الشيء بذاته هو قيمته السوقية · اي لاثمنه المسمى لكان اقرب الى الصواب ،

(مادة ١٥٥) المثمن هو الشيء الذى يباع بالثمن

هذا ايضاً مضافاً الى كونه من الواضحات لايترتب عليه اي فائدة

(مادة ١٥٦) الدين مايثبت في الذمة كمقدار من الدراهم في ذمة الرجل ، ومقدار منها ليس بحاضر . والمقدار المعين من الدراهم ، اومن صبرة الحنطة الحاضرتين قبل الافراز فكلها من قبيل الدين ·

وهذا ايضاً من الخلط الغريب فان الدين لغة وشرعاً وعرفاً ليس الا الكلي الذي يتعلق بالذمة في مقابل العين التي يتحقق في الخارج وجودها الشخصي فالدين هو الكلي والمعين هو الشخص ، وهذا مما لايختلف فيه اثنان ، نعم الكلي المطلق لا بقيد الاطلاق و بعبارة اصح : مطلق الكلي قسمان قسم منه في الذمة وهو الدين واسباب تعلقه بالذمة كثيرة

واحد افراده عقد القرض لا القراض وقسم منه في الخارج وهو الذي يسميه فقهاؤنا (الكلي في المعين) مثل صاع من صبرة معينة وشاة من قطيع معين فانه اي الصاع او الشاة كلي لانه صادق على كثيرين وهي كل صاع من الصبرة وجزئي لانه في الخارج لافي الذمة وهو مردد في معين وهي الصبرة او القطيع وعلى كل حال فلا علاقة له بالدين اصلا ويظهر الفرق بينه وبين الصاع المشاع بالاشاعة الكسرية في امور لامجال لها هنا وربما يأتي الاشارة اليها في موضع آخر انشاء الله .

وما بقي من المواد المذكورة هنا اي في المقدمة كلها واضح ، والجدير ان نشرع بعد الفراغ من مواد المقدمة في مقاصد الكتاب وابوابه .



(الباب الاول)

في بيان المسائل المتعلقة بعقد البيع

وفيه خمسة فصول

(الفصل الاول)

فيما يتعلق بركن البيع

(مادة ١٥٧) البيع ينعقد بايجاب وقبول .

العناصر التي يتركب البيع منها ستة ،

(البائع ، المشتري ، المبيع ، الثمن ، الايجاب ، القبول) .

والاركان منها اربعة .

(الثمن والمثمن والايجاب والقبول)

ولكل واحد من تلك العناصر شروط ، اهمها بعد الشروط العامة (القصد) ومعلومية العوضين بوجه يرفع الجهالة الموجبة للغرر ، وهذان الامران شروط ركنية وسيأتي ذكرها في الشروط في الامور المتعاقبة وقد ظهر من طي المباحث الغابرة ان حقيقة البيع سواء جعلناه تبديلا اومبادلة او تمليكا او تملكا و نقلا او انتقالا ــ هي من مقولة المعاني الانشائية لا يكفي في تحققها قرارها الذهني ووجودها التصوري بل لابد لها من مظهر خارجي تظهر فيه وتتحقق به والذي يتحقق به انشاء البيع اما قول او فعل فالانشاء

القولي هو العقد الذي يتحقق بالايجاب والقبول ، والانشاء الفعلي هو المعاطات الذي سيأتي بحثها ، فكان الجدير (بالمجلة) ان تقول ان البيع العقدي هو الذي ينعقد بالايجاب والقبول لا مطلق البيع .

مادة . ١٥٨) الايجاب والقبول في البيع عبارة عن كل لفظين مستعملين لانشاء البيع في عرف البلد ؛

المراد بهذه المادة بيان ان البيع لا يشترط فيه صيغة خاصة بل يتحقق بكل لفظين يستعملان فيه حسب العرف الخاص اعم من كون الاستعمال على نحو الحقيقة او المجاز بل يعم اطلاق الاستعمال حتى الغلط في العربية اذا جرى عليه عرف البلد واخرج بقوله (لفظين) الاشارة ونحوها ، وهذا من البحوث المهمة في باب البيع بل مطلق العقود ، وتحريره يستدعي النظر في جهات ،

الاولى - : ان البيع بل عامة العقود هل يتوقف صدق العقد عليها على انشائها باللفظ او يتحقق عقديتها بانشائها ولو بالفعل كالتعاطي او الاشارة او الكتابة او غير ذلك وقد اختلف الفقهاء في ذلك والذين ذهبوا الى ان المعاطات لا تفيد التمليك بنوا ذلك على اعتبار اللفظ في العقود وخلو التعاطي عنه لا تكون المعاطاة عقداً فلا يكون مفادها التمليك بل الاباحة والاذن والظاهر اتفاقهم على ان اشارة القادر على اللفظ لا تكون عقداً كما ان كتابته كذلك كما اتفقوا على ان اشارة العاجز كالاخرس و كتابته تكون عقداً بنظر العرف مع العجز عن التوكيل او مطلقاً كما هو الاقوى لان اشارته عندهم تقوم مقام لفظه ولذا قدمها

الا كثر على الكتابة لانها ليست الفاظاً ولا تقوم مقام اللفظ ، نعم هي تحكي عن الالفاظ والالفاظ تحكي عن المعاني ، واما كفاية الفعل كالتعاطي عن القول ، فسيأتي تحقيقه انشاء الله ، فلو قلنا بعدم صدق العقد على الفعل ونحوه من غير الالفاظ وعدم تأثير غير مادلت السيرة على تأثيره وشككنا في اعتبار شيء في التأثير فالمرجع طبعاً الى اصالة عدم التأثير ولا اطلاق يرجع اليه بخلاف مالو قلنا بعدم اختصاص صدق العقد بالالفاظ فان المرجع بحكم الاطلاق الى اصالة الصحة الناشئة من اصالة عدم الاعتبار .

الثانية — : بناء على اعتبار الالفاظ في صدق طبيعة العقد فهل يعتبر فيها الفاظ مخصوصة او يكفي كل مادل على طبيعة العقد اوما استعمل فيه مجازاً اوغلطاً ولو بالقرينة فكما يتحقق طبيعة البيع بانشائه بالالفاظ الخاصة بالايجاب مثل بعت وشريت او الخاصة بالقبول مثل اشتريت وابتعت وقبلت . كذلك يتحقق بالالفاظ الدالة عليه باللازم مثل ملكت ونقلت وعاوضت وامثالها فان حقيقة البيع هي المبادلة وهي من لوازم تلك العناوين بل بما هو اوسع وابعد كاستعمال اللوازم العامة مثل خذ هذا بكذا او هو لك بكذا وما اشبه ذلك ، و يتمطى الجواز حتى يتناول استعمال صيغة عنوان عقد خاص في عقد آخر فيستعمل البيع في الاجارة : فتقول بعتك منفعة الدار بكذا . والاجارة بالبيع فتقول : آجرتك الدابة ملكاً بكذا . والبيع في الهبة مثل — بعتك الكتاب بلا عوض وبالعكس مثل — وهبتك الثوب بعوض كذا . ويطرد هذا

في سائر العقود فما كانت هناك مناسبة وعلاقة كان مجازا والا كان غلطا ولا منافات عند المجوز بين غلطية اللفظ وصحة العقد لان المدار في العقد عنده على تحقق الانشاء باللفظ مهما كان ، هذا تصفيـة تصوير الوجوه والاقوال على الاجمال ، اما التحقيق عندنا فهو ان عناوين العقود الخاصة ، كالبيع والاجارة والصلح والهبة ونظائرها لا تتحقق الا بانشائها بالالفاظ ولا يلزم ان تكون تلك الالفاظ مشتقة من نفس الفاظ عناوينها بل يكفي كل لفظ دل عليها في نفس ذلك الاستعمال ولو بمعونة القرينة حالية اومقالية فالمدار على التفاهم بين المتعـاملين وان يفهم كل منهما مراد الآخر حتى يقع القبول مطـابقاً للايجـاب سواء كان استعمال تلك الالفاظ فيما قصداه ، صحيحاً اوغلطاً ، حقيقة اومجازا ، وافق عرف البلد اوخالفه ، لان العقـد ليس الا انشاء المعنى بلفظ مفهم للمقصود بنفسه اوبالقرينة . ولا نقول : ان العقـد منحصر بالانشاء اللفظي بل نقول ان الانشاء اللفظي عقد قطعاً بل اظهر انواع العقد اما انه يتحقق بالانشاء الفعلي ام لا فسيأتي تحقيقه قريبا انشاء الله و (بالجملة) فلا نجد العرف يعتبر في حقيقة العقد اكثر من القصد الى ايجاد المعنى باللفظ ولازم قصد ايجاده وتحقيقه التزامه به حتى في العقود الجائزة فان العقد الجائز ايضا قد التزم الطرفان بمضمونه ولـكن مادام العقد وغاية الفرق بينه وبين اللازم ان ذاك له ان يحله متى شاء بخـلاف الثاني . اما في ظرف عدم حله فيجب الوفاء به وتترتب آثاره عليه وقـد اشرنا فيما سبق الى ان وجوب الوفاء في الآية يمكن ان يعم كل عقد خرج بالدليل

العقود الجائزة من حيث جواز حلها وما عدا ذلك فيجب العمل على طبقها فيها وفي سائر العقود وهذا هو مدرك اصالة العقود كما تقدم .

والقصارى ان العقد يتحقق عرفا بانشاء معناه لفظا مطلقا بشرط افهام القصد والمراد ولو بالقرينة ولكن اللزوم الشرعي ووجوب الوفاء يمكن منع شموله لكل عقد عرفي حتى ما انشأ بالالفاظ غير الموضوع لذلك العنوان وسره ان اللام في العقود التي في الاية ظاهرة في العهد لا الجنس فيكون الحكم ثابتا للعقود المعهودة في العرف الشايعة فيما بينهم لا مطلق مايستعملونه ومن المعلوم ان الشايع المتداول من العقود عندهم هو ما كان انشاؤه بالالفاظ المنتزعة من عنوان ذلك العقد فالمتداول من عقد البيع هو مايشتق من هذا العنوان واخواته مثل : بعت واشتريت ، وشريت وابتعت وقبلت لا مثل ملكت (بالتشديد) وتملكت ونقلت وعاوضت واشباه ذلك ، وهكذا عقد الاجارة فان المتعارف المتداول مايشتق من عنوانه كآجرت لا من لوازمها وتوابعها مثل تمليك المنفعة ونحوها وهكذا الكلام في سائر العقود ذوات العناوين الخاصة كالهبة والصلح والمزارعة والمساقات فكل عقد كان انشاؤه بالفاظ منتزعة من عنوانه فهو لازم يجب الوفاء به والا فشمول الدليل له غير معلوم والاصل هنا عدم اللزوم عند الشك في شمول الدليل لعدم احراز العموم او الاطلاق فان مصب العموم ضيق كما عرفت ، اذاً فليس كل عقد عرفاً يجب الوفاء به شرعا بل هي تلك العقود الخاصة بعناوينها المخصوصة ومنه يستبين حال استعمال الكنايات القريبة او البعيدة مثل

« بارك الله لك فى صفقتك » او « شايف الخير » ، ونحو ذلك مما يستعمله العرف بعد المساومة لاظلاق البيع واظهار الموافقة ، فان قصد به القائل انشاء البيع كما هو الغالب حيث يريدون به معنى بعتك فهو عقد ولكن لزومه غير معلوم على ان تحقق الانشاء به محل نظر فان انشاء اللازم ليس انشاء للملزوم فان الدعاء بالبركة وان كان لازمه ان يكون له ولكنه ليس انشاء لجمله له فهو محتاج الى عناية اخرى بان ينسلخ عن معنى الدعاء ويتمحض لنوع آخر من الانشاء وان لم يقصد النقل والتمليك فلا اشكال في عدم كفايته ، هذا كله من حيث موادالالفاظ التي تستعمل لانشاء البيع وسائر العقود ، اما من حيث الهيئات فيتضح بالنظر في — :

(الجهة الثالثة)

وهي ان البيع ونحوه من العقود ، لما كان من المعاني الايجادية التي لاحقيقة لها في الخارج الا بنفس انشائها وايجادها فاذا انشئت تحققت ووجدت ، وحيث ان هيئة الماضي هي الصريحة في الدلالة على الثبوت وتحقق الوقوع ومفادها الصريح تحقق نسبة وقوع الفعل من الفاعل ولذا كان بذاته مجرداً عن الزمان وانما يدل على الزمن باللازم عند الاطلاق وكثيراً مايطلق على نسبة وقوع الفعل في المستقبل بغير عناية وتجوزمثل (اذا جاء نصر الله) و (اتى امرالله) ، ونظائرها فمدلول هذه الصيغة الخاصة مطابقة هو الثبوت والتحقق فاذا استعملت فى العقود من بيع ونحوه دلت صراحة على تحقق وقوع معانيها وثبوتها فكانت هي الهيئة

الصريحة فى انشاء تلك المعاني المحتاجة الى ما يدل على تحقق وقوعها اذلا حقيقه لها الا بانشاء ثبوتها وتحققها ، اما هيئة المضارع فمدلولهـا الصميم ليس الا نسبة المبدء الى الذات اي الفعل الى الفاعل فهو كاسم الفاعل حقيقة ولذا سمي بالمضارع سوى ان الفعل يدل على نسبة المبدأ الى الذات وتلبسها به واسم الفاعل يدل على تلبس الذات بالمبدأ ونسبتها له فهو مترتب عليه ومتأخر رتبة عنه فتقول : يضرب فهو ضارب ، وهو ايضاً مجرد عن الزمان و يصلح للماضي كما في قولك : لم يضرب ، ويتمحض للاستقبال كما فى : سوف يضرب ، ويتردد بين الحـال والاستقبال كما لو تجرد . وعلى اي فحيث ان مدلولها الصريح تلبس المبدأ بالذات او تلبس الذات بالمبدأ من دون نظر الى زمان ولا الى تحقق ذلك لم يكن صريحاً في الثبوت والوقوع وربما يكون كل منهما دالا عليه عند الاطلاق ولكن باللازم وقد عرفت ان المعتبر في العقود الصراحة وان انشاء احد المتلازمين لا يستلزم انشاء الاخر وان عدم الانفكاك فى المتلازمين انما هو فى الخارجيات لا الانشائيات ، (والقصاري) ان هيئة الماضي هي الصريحة فى العقود وسيما البيع ، ولذا اتفقوا قولا واحدا على تحقق العقد بها واختلفوا فى المضـارع واسم الفاعل والحق انهما لا يصلحان لانشاء المعاني العقدية بهما الا مع القرينة فتقول : انا بائع تريد انشاء البيع وتحقيقه بذلك مع القرينة الواضحة من حال اومقال فليس هو ولا مضارعه من صيغ العقود الصريحة كالماضي واما صيغـة الأمر والطلب مثل بعني اوزوجني ونحوهما فهي ابعد من المضارع

واخيه بكثير اذ ليس هو انشاء للبيع بل طلب انشائه من الغير فهو استدعاء محض امازوما ان كان من العالي اوالتماساً ورجاء ان كان من غيره فاذا قال بعني وقلت له بعتك لابد من ان يتبعه بقوله قبلت والا فلا عقد ، اذاً فالماضي هو المتعين في العقود وماعدار لايكفي الا بتكلف وعناية لايصح الاعتماد عليها في العقود ، وماورد في بعض الاخبار من كفاية الطلب حيث قال : زوجنيها يارسول الله ، ان لم يكن لك بها حاجة ، ومافى شراء العبد الآبق و بيع المصحف وغيرهـا مما هو ظاهر في كفاية المضارع والأمر محمول على المقاولة قبل البيع تمهيداً لاجراء الصيغة لا الاكتفاء بنفس ذلك القول : نعم في خصوص الطلاق والعتق بل والوقوف والصدقات جعل الشارع الصيغة المخصوصة لها اسماء الصفات واسم الفاعل مثل : انت طالق وانت حر وداري صدقة اووقف كل ذلك للدليل الخاص ولايجوز التعدي عنها الى غيرها فلا يصح داري اجارة اومأجورة ونحو ذلك قطعاً ، اما اعتبار العربية في صيغ العقود فان كان المراد به عدم كفاية الالفاظ المرادفة للبيع في اللغات الاخرى فهذا مما لادليل عليه بل الاصح ان الادلة العامة (كاوفوا بالعقود) و (كاحل الله البيع) شاملة لكل عقد في كل لغة غايته انها على نحوما حققناه من كون الملحوظ فيهاالعقود المنشأة بالفاظها المأخوذة من عناوينها الخاصة سوآء في لغة العرب اوغيرها ، وان كان المراد باعتبار العربية اخراج الملحون ، مادة او هيئة الخارج عن قواعد العربية فالتحقيق ان اللحن ان لم يكن مغيراً للمعنى كما لوقال : بعتك

(بفتح الباء اوالتاء) لم يقدح ، اما لو كان مغيرا كما لوادخل الهمزة فقال · أبعتك اوشوش نظم المادة فقال جوزتك مكان زوجتك او استعمل المشترك اللفظي او المعنوي او المجاز ولم ينصب قرينة فتحقق حقيقة العقد بها مشكل وعلى تقديره فلزومه غير معلوم ان لم يكن معلوم العدم ، هذا تمام القول فيما يتعلق بهذه المادة ومنه يعلم ان عرف البلدة لاخصوصية له فلوقالوا الايجاب والقبول لفظين مستعملين لانشاء البيع عن وضع اوقرينة لكان اصح واوسع فتدبر وبالله التوفيق .

(مادة ١٦٩) الايجاب والقبول يكونان بصيغة الماضي بدون النية كبعت واشتريت واي لفظ من هذين ذكر اولافهو ايجاب والثاني قبول ، فلو قال البائع بعت وقال المشتري اشتريت اوقال المشتري اولااشتريت ثم قال البائع بعت انعقد البيع ويكون لفظ بعت في الاولى ايجاباً واشتريت في الثانية بالعكس ، وينعقد البيع ايضاً بكل لفظينبئ عن انشاء التمليك والتملك كقول البائع اعطيت اوملكت وقول المشتري اخذت او تملكت اورضيت وامثال ذلك .

تضمنت هذه المادة ثلاثة امور ·

الاول : ــ انعقاد البيع بالماضي وقد عرفت الوجوه في انها هي الصيغة الصريحة وما عداها بين مقطوع بعدم صحته وبين مشكوك ·

الثاني : ــ اعادة ماسبق في مادة (١٠١) من ان الايجاب هو اول الكلام الخ وتحرير هذه المسئلة ان الايجاب والقبول اما ان يقترنا او يتقدم احدهما على الاخر وعلى كلا الفرضين فأما ان يكونا بلفظ بعت

وقبلت او بغيرهما وعلى فرض التقدم والتأخر، فأما ان يتقدم الايجاب ويتأخر القبول اوالعكس فهنا ست صور : تقدم الايجاب على القبول وهي القدر المتيقن والمتفق على صحتها كالاتفاق ظاهرا على بطلان عكسها وهي : تقدم القبول ، (الثالثة) اقترانهما بصيغة بعت وقبلت والصحة محل نظر كا (لرابعة) وهي اقترانهما بغيرهما من الصيغ (الخامسة) تقدم بعت ايجاباً وتأخر اشتريت قبولا اوالعكس تقدم اشتريت وتأخر بعت ولا اشكال في صحة الاولى ويشكل صحة عكسها (السادسة) التأخر والتقدم في ابتعت او بعت اورضيت اوالعكس وحالهما حال سابقتهما ، وقد يتصور اكثر من ذلك ولكن يعرف حال كثير منهما مما ذكرنا ، و (الضابطة) انه كلما كان من احدهما قبول اوبمعناه من الرضا والامضاء ونحوهما فلابد من تأخيره لما مرت الاشارة اليه من ان نحوه نحو المطاوعة والتأثر و يستحيل تحقق التأثر قبل المؤثر والانفعال قبل الفعل كاستحالة تقدم المعلول على العلة واذا لم يكن من احدهما القبول ومابمعناه مثل ابتعت وبعت واشتريت وبعت ففي الحقيقة كل منهما موجب وقابل باختلاف الاعتبار بل يمكن الحكم بالصحة حتى مع التقارن في هذه الصيغ ويمكن فيها تطرق التفصيل بين ما اذا كان البيع صرفاً اومقايضة فكل منهما موجب وقابل تقارنا او تقدم احدهما على الآخر ، اما لو كان احد العوضين سلعة والآخر نقداً فصاحب النقد مشتريا وقابلا وصاحب السلعة بايعاً وموجباً تقدم اوتأخر على ان ترتب الثمرة على تعيين الموجب من القابل قليلة والفائدة العملية معدومة

ضئيلة ،

الثالث : — من الامور اعادة ما اشير اليه في المادة المتقدمة من كفاية كل ما ينبيء عن التمليك والتملك ، وقد عرفت اوسع ما ينبغي من التحقيق فيه ومنه يظهر لك القدح فيما ذكرته (المجلة) هنا من انعقاد البيع بمثل قول البائع اعطيت وملكت وقول المشتري رضيت فان الاعطاء ظاهر في التمليك المجاني فهو من صيغ الهبة ولا يجوز استعماله في البيع الذي هو رأس عقود المعاوضات الا غلطاً اومجازاً بعيداً فلا يكون عقد بيع ولو سلم فلا يكون لازماً لما عرفت وايضاً فان الرضا لا يصح استعماله قبولا في مطلق العقود اللازمة لان معنى القبول فيها يتضمن معنى يستلزم التعهد والالتزام والرضا اذن وموافقة لا تعهد والتزام فتدبره جيداً ،

(مادة ١٧٠) ينعقد البيع بصيغة المضارع اذا اريد بها الحال كابيع واشتري واذا اريد بها الاستقبال لا ينعقد

قد ظهر لك مما افضنا قبل في بيانه ان المضارع لا يدل على اكثر من نسبة المبدأ الى الذات وتلبسها به وهذا غير كونه محقق الوقوع فان اريد منه الحال بالقرينة كان لازمه كونه محقق الوقوع فيدل على انشاء المبادلة او التمليك باللازم وكفايته في العقود محل نظر وهذا بخلاف الماضي فانه صريح بالوقوع والثبوت ، فليفهم ، وقد عرفت ان طلب وقوع الشيء غير نفس وقوعه بل طلبه ظاهر في عدم تحققه وحصوله وهو عكس المقصود بالبيع ونحوه ومنه يعلم مادة (١٧١) التي هي تكرار

للمادة التي قبلها ومادة (١٧٢) لا ينعقد البيع بصيغة الامر كبع واشتر الخ ويريد باقتضاء الحال القرينة على ارادة انشاء البيع بصيغة الامر وهو من قبيل استعمال الشيء في ضده فان قولك بع طلب انشاء وقوعه الظاهر في انه غير واقع فلو استعملته في انشاء تحقق وقوعه كان استعمالا في شبه ضده وحاله حال المضارع بل اسوء ·

(مادة ١٧٣) كما يكون الايجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة ايضاً ،

قد عرفت ان الكتابة عندنا لا تصلح للعقد وحالها حال الاشارة من القادر ، نعم مع العجز وعدم امكان التوكيل قد يكتفي بالكتابة ومع دوران الامر بينها و بين الاشارة في العاجز لا يبعد رجحان الاشارة لانها اقرب الى اللفظ كما في مادة (١٧٤) ينعقد البيع بالاشارة المعروفة للاخرس ، اما الرسالة اي ارسال رسول لاجراء البيع فان كان بنحو الوكالة صح والا فهو فضولي ، وتلخص من كلها سبق ان الماضي هي الصيغة الصريحة في عامة العقود باتفاق الجميع (بدون نية) اي بطبيعتها ومن غير حاجة الى قرينة كما في قرينيه والا فقصد الانشاء لازم في الجميع ولو عبرت (المجلة) بذلك لكان ابعد عن الابهام .

اما الامر والمضارع فيصح استعمالها في العقد عند اصحاب (المجلة) ولكن مع النية وقصد الحال بهما اي ومع القرينه كقول العاقد ابيعك الآن اوحالا اونحو ذلك ، اما عندنا فمشكل وكونه عقداً لازما اشكل ·

(بيع المعاطاة)

(مادة ١٧٥) حيث ان القصد الاصلي من الايجاب والقبول هو تراضي الطرفين فينعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي و يسمى هذا بيع التعاطي ، مثال ذلك ان يعطي المشتري للخباز مقداراً من الدراهم فيعطيه مقداراً من الخبز بدون ايجاب وقبول او ان يعطي المشتري الثمن للبائع و يأخذ السلعة و يسكت البائع ،

هذا هو بيع المعاطاة المشهور ، وفي عبارة (المجلة) ايضا نوع من التسامح حيث جعل القصد الاصلي من العقد اي الايجاب والقبول هو التراضي مع ان الرضا والتراضي اذن واباحة وهو غير ماهو المقصود بالعقود فان المهم فيها هو انشاء التمليك والمبادلة ، والرضا بتصرف الغير في ملكك معنى ، وجعل مالك ملكا لغير معنى آخر ، والمعاطات التي هي اخت العقد اللفظي هي التي يقصد بها انشاء البيع والتمليك وهذه هي التي ينبغي ان تكون محل الكلام وموضع النقض والابرام الا التي يراد بها الرضا واباحة التصرف وحلية الانتفاع شبه العارية ونحوها ، نعم اختلف فقهاؤنا اشد الاختلاف في موضوعها والمعنى المقصود منها في موضع النزاع كاختلافهم في حكمها فقيل هو ماقصد به المتعاطيان الاباحة وقيل ماقصد به التمليك وقيل ماتجرد عن كل منهما كما ان الاقوال في حكمها كثيرة من حيث الصحة والفساد

والجواز واللزوم وقد تنتهي الى ستة هي بين افراط وتفريط فهي بيع فاسد عند بعض وبيع صحيح لازم كالبيع بالالفاظ عند آخرين و بيع صحيح ولكنه جائز وانما يلزم بتلف احد العوضين او كليهما وهذا هو اوسط الاقوال واقربها الى القواعد، وذهب جماعة انها تفيد اباحة التصرفات امامطلقاً اوخصوص مالا يتوقف على الملك، وصفوة ماعندنا هنا من التحقيق ان المشاهد المحسوس من حالنا بل ومن حال غيرنا من صغير او كبير في شراء حقير اوخطير حتى الطفل المميز اذا اشترى شيئاً من الاسواق لايقصد بدفعه المال من نقود وغيرها بازاء ما يأخذه من السلعة الا مبادلة ذا بذاك وقطع علاقته من العين المدفوعة منه بالكلية عوض استيلائه على العين المأخوذة من الآخر فيصح على هذا تعريفها التحقيقي اوالتقريبي بانها عبارة عن ان يدفع كل من اثنين ماله الى الآخر عوض مايدفعه الآخر له، وقد مر عليك ان انشاء التمليك لا بد له من امر خارجي يتحقق به و يكون آلة لايجاده، والالفاظ هي الادوات التي يبني العقلاء على اظهار مقاصدهم بها حكاية اوايجاداً يعني خبراً اوانشاء، ثم في الرتبة الثانية، الافعال فان للافعال ظهورا كما للاقوال و ينشأ بها المعاني الاعتبارية كما ينشأ بالاقوال فكما انك اذا قلت لشخص هذه العين لك، تارة تريد اخباره بانها له، وتارة تريد انشاء تمليكها له، فكذلك اذا دفعتها له وانت ساكت قد تريد ان دفعها اليه من جهة انها ملكه وماله العتيد، وتارة تريد انشاء انها له فتكون من ماله الجديد، فهذا عقد والتزام ضمني ولكنه فعلي لاقولي

وهو مع قصد التعاوض بيع ويشمله (احل الله البيع) ، ولكنه ليس كالعقد القولي يجب الوفاء به لما عرفت قريباً من ان (اوفوا بالعقود) لاتشمل الا العقود اللفظية المنشأة لعناوينها الخاصة بها فاحل الله البيع تثبت مشروعية هذا العقد وانه مؤثر ، ولكن دليل اللزوم قاصر عنها فتكون جائزة ولكل من الطرفين الرجوع مادام كل من العوضين قائماً موجوداً امامع تلفهما او تلف احدهما فيأتي اللزوم كما هو الشأن في جميع العقود الجائزة ، كالهبة وغيرها (وسره) ان المالك سلطه على العين بجميع شؤنها ولازمه ان له جميع التصرفات حتى الناقلة والموقوفة على الملك ولازم ذلك ان لارجوع مع التلف او الاتلاف لان حق الاسترجاع انما هو مع بقاء العين وقيامها ، امامع تلفها فقد زال الموضوع وسقط الحق ولزم العقد ، ومن نفس عنوان هذا النوع من البيع يعلم انه لايتحقق الا بالتعاطي من الطرفين حقيقة او حكما فان المشتري اذا اعطى الثمن للبائع واخذ السلعة والبائع ساكت فان سكوته الكاشف عن رضاه يقوم مقام عطائه كما ان اخذ المشتري يكون كانشاء للتملك والتمليك وسكوت البائع امضاء ، وكذا دفع القصاب قطعة اللحم واخذ المشتري لها بعد طلبه محقق للتعاطي حقيقة اما قبل اخذ المشتري لها فالبيع لم ينعقد والاستدعاء لايجعل المشتري ملتزماً وقد عرفت ان كلا من البائع والمشتري له العدول والفسخ بعد تحقق البيع بالتعاطي لانه عقد جائز فكيف لايجوز قبل ان تتم المعاطاة التي هي بمنزلة الايجاب والقبول والاستدعاء لايكون قبولا ودفع القصاب اللحم كايجاب بلا قبول فما

وجه حكم (المجلة) بانه ليس المشتري الامتناع من قبوله واخذه بل له الامتناع على التحقيق حتى بعد اخذه اي له الرجوع والعدول لانه بيع جائز ولا يلزم الا بتلف احد العوضين حقيقة اوحكما كما لو باعه اورهنه اومايشبه ذلك ، ومن الغريب قول القائل : ان الايجاب والقبول انما اعتبرا في البيع لقيامهما مقام التعاطي حكما ، فقد جعل التعاطي اصلا والايجاب والقبول فرعاً ، مع ان الامر بالعكس فان الاصل في الخبريات والانشائيات هو اللفظ ، والقول والفعل والتعاطي فرع وتبع له باتفاق اهل العلم ، و (بالجملة) فان انشاء التمليك بالفعل انما يكون بيعاً ويحصل به النقل والمبادلة اذا توفرت فيه جميع شروط البيع من معلومية العوضين وعدم الغرر والقدرة على التسليم وقصد المتعاقدين ورشدهما واختيارهما الى غير ذلك من شروط البيع الآتية لايفقد شيئاً من شرايطه ومقوماته سوى الايجاب والقبول الذي يقوم تعاطيهما مقام هذين الركنين ويلزم فيهما كل مايلزم في الايجاب والقبول من التوالي ونحوه ، فالتعاطي من طرف واحد كايجاب بلا قبول او قبول بلا ايجاب ، نعم يكفي من احدهما العطاء حقيقة ومن الآخر حكما وهو كثير ، ومنه وضع الفلس في دكان بائع البقل اومحفظته واخذ باقة البقل ونظاير ذلك ، ومنه في الاجارة دخول المغتسل الى الحمام ووضع الاجرة المعلومة في صندوق صاحب الحمام وهكذا ، ومما ذكرنا يتضح ايضاً ان البيوع الفاسدة مطلقاً لاتدخل في باب المعاطات بل لها حكم آخر ربما يأتي بيانه انشاء الله .

كما يتضح ان المعاطاة على القول بافادتها الملك اوالاباحة يصح جريانها في غير البيع من العقود جائزة اولازمة ، يعني كالاجارة او كالهبة ولا تلزم في الاجارة اوغيرها الا بالتلف الحقيقي اوالحكمي اوالقيام بالعمل فتدبره جيداً ،

هذا اوجز ماينبغي ان يقال في اختصار بيع المعاطاة . وهذا اقل قليل مما ذكره فقهاؤنا سيما المتأخرين منهم في المطولات ولعله قليل يغني عن الكثير .

ومن اراد ان يعرف سعة فقاهة الامامية ودقة افكارهم وغزارة مادتهم فليرجع الى مؤلفاتهم المبسوطة في هذا الباب .

(مادة : ١٧٦) اذا تكرر عقدالبيع بتبديل الثمن او تزييده او تنقيصه يعتبر العقد الثاني . فلو تبايع رجلان مالا معلوما بمئة قرش ثم بعدانعقاد البيع تبايعا ذلك المال بدينار اوبمائة وعشرة اوبتسعين قرشا يعتبر العقد الثاني .

في هذا الموضوع ايضاً اجمال واشكال وتحرير ذلك حسب القواعد المتفق عليها . ان الايجاب والقبول اذا وقعا جامعين للشرائط فقدانتقل مال كل واحد من المتبايعين الى الآخر غايته انهما مادامافي مجلس العقد يجوز لكل منهما الفسخ وحينئذ فاذا تبايعا ثانياً بمعنى ان البائع باع ثانياً ماباعه اولا فان كان بذلك الثمن فالثاني لغو طبعاً ، وان كان بثمن آخر . والفرض ان المشتري واحد فان قصد ضمن البيع الثاني فسخ الاول ولو بقرينة مقامية اوظهر منهما التباني على التقايل صح

الثاني واحل الاول طبعاً وان لم يقصدافسخاً ولا اقالة فالبيع الثاني باطل لانه باع مالا يملك على من يملك فتدبره جيداً على وضوحه .

(الفصل الثانى)

في بيان لزوم موافقة القبول للايجاب

يعني يلزم ان يقع القبول على ماوقع عليه الايجاب جنساً وقدراً ووصفاً وغير ذلك ، فلو باعه المجموع بالف ليس له ان يقبل نصفه بخمسمائة وهكذا في سائر الجهات على ماذكروه فى مادة (١٧٧) ، نعم لوقبل البائع بذلك ثانياً اواشترط القابل شرطاً لم يذكر في الايجاب ثم قبل به الموجب ثانياً فلا يبعد في هذا وامثاله الصحة ،

و « الضابطة » انه كلما كان القبول بالنسبة الى الايجاب من قبيل الاقل والاكثر اوالاطلاق والتقييد صح بالقبول ثانياً ، وكلما كان من قبيل المتباينين كما لوقال بعتك الدار فقال قبلت الدابة فهو باطل ولا يصح بقبول البائع ثانياً ووجهه واضح ، والظاهر ان هذا هو المشار اليه بمادة (١٧٨) تكفي موافقة القبول للايجاب ضمنا فلو قال بعتك هذا بالف

قرش وقال المشتري اشتريته منك بالف وخمسمائة انعقد البيع على الالف الا انه لو قبل البائع هذه الزيادة في المجلس لزم المشتري ان يعطيه الخمسمائة التي زادها ايضاً الخ ،،،

ولا فرق في هذا بين الثمن والمثمن فكما جاز الاختلاف في الثمن بذلك يجوز مثله في المثمن ، فلو قال : بعتك هذين الكتابين احدهما بمائة والآخر بخمسين صح للمشتري ان يقول قبلت الاخير بخمسين فما ذكروه عن الامام مالك في مادة (١٧٩) لم يظهر وجهه واذا وقفنا جموداً على ماوقع عليه الايجاب فاللازم المنع في المقامين ولا وجه للتفكيك ، نعم لو باعه انواعاً متعددة بثمن واحد صنفة واحدة من دون تعيين ثمن لكل واحد كان الاوجه عدم الصحة لو قبل المشتري بعضها بثمن يعينه من نفسه وان كان لايخلو من وجه اذا رضي البايع ثانياً ، فليتأمل ، اما مع تكرر الايجاب وتعيين ثمن لكل واحد فلا اشكال في صحة قبول بعض دون بعض كما في مادة (١٨٠) لانه بحكم عقود متعددة ،

واعلم ان من حق متانة التحرير ان يعقد هذا الفصل لشرائط الايجاب والقبول فيقال ،

١ ـ : مطابقة الايجاب للقبول .

٢ ـ : توالي الايجاب والقبول .

٣ ـ : التنجيز فيهما اي (عدم التعليق) .

٤ ـ : بقاء كل من الموجب والقابل على الاهلية الى تمام العقد فلو

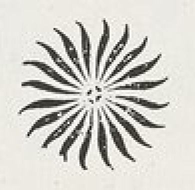
عرض اغماء اوجنون اوموت للموجب قبل ان يتم القبول بطل العقد .

٥ ـ : العربية .

٦ ـ : الماضوية .

٧ ـ : الصراحة .

وقد تتداخل ايضاً شرائط الموجب والقابل في شروط العقد اي الايجاب والقبول كالبلوغ والرشد والقصد والاختيار والملك وعدم الحجر وعدم تعلق حق للغير كالرهن وغير ذلك .



(الفصل الثالث)

في حق مجلس البيع

(مادة : ١٨١) مجلس البيع هو الاجتماع الواقع لعقد البيع

مجلس البيع عبارة عن الموضع الذي جرى فيه الايجاب والقبول من المتبايعين سوآء كانا مجتمعين في محل وجهاً لوجه اومتفرقين ولو في بلدين متباعدين واسمع كل منهما كلامه للآخر ولوبآلة كالهاتف ونحوه ويكون مجلس البيع حينئذ هو موضع كل منهما حين العقد فلو انتقل اواحدهما عنه فقد تفرقا ، وكذا لو كانا متباعدين في صحراء واوصل كل منهما صوته للآخر ، فمجلس البيع هو موضع المتعاقدين عند العقد حقيقة لاحكما غايته انه اعم من ان يكونا مجتمعين اومتفرقين .

وعلى هذا يترتب خيار المجلس الذي سبق اجماله وسيأتي تفصيله .

(مادة : ١٨٢) المتبايعان بالخيار بعد الايجاب الى آخر المجلس مثلا لواوجب احد المتبايعين البيع في مجلس البيع فقال بعت ولم يقل الآخر اشتريت على الفور بل قال ذلك متراخياً قبل انتهاء المجلس ينعقد البيع وان طالت المدة، تنحل هذه المادة الى قضيتين

الاولى — : ان كلا من المتبايعين بعد الايجاب وقبل القبول مخير بين اكمال العقد وبين ابطال ماوقع منه فالبايع له ان يعدل عن ايجابه والمشتري له ان لا يلحقه بالقبول اصلا فيبطل الايجاب ، وهو على انه

واضح غني عن البيان يكون حينئذ عين مادة (١٨٣) ، لوصدر من احد العاقدين قول اوفعل يدل على الاعراض بطـل الايجـاب الخ ،، ، ووجب الاكتفاء بتلك عن هذه .

الثانية ـ : ان طول المدة بين الايجاب والقبول وطول الفاصل بينهما لا يقدح في صحة العقد ، وهذه قضية مستقلة ولا تصلح ان تكون مثالا للقضية الاولى كما لايخفى على المتدبر .

اما فقهاء الامامية فيعتبرون التوالي بين الايجاب والقبول لازما بحيث يكونان كالكلام الواحد الذي له هيئة اتصالية فلو حصل فصـل يقدح بذلك الاتصال ولو قليلا فضلا عن الكثير بطل ، وهذا من الواضحات التي يوجب تصورها تصديقها ، فان الفاتحة مثلا سورة واحدة ولها هيئة اتصالية مخصوصة فاذا قيل اقرأ الفاتحة وقلت الحمد وبعـد ساعة قلت لله وهكذا حتى اتممتها في عشرين ساعـة لايقول العرف انه قرأ الفاتحة ، وهكذا في كل ماله هيئة تأليفية ولذا قالوا : للمتكلم ان يلحق بكلامه ماشاء ولكن مادام مشغولا بالكلام فاذا انقطع عد كلاما ثانيا وعليه بنوا قضية الاقرار والاستثناء ، فلو قال علي لزيد عشرة دراهم وقال بعد ساعة الادرهما اواستثني درهما ونحو ذلك لم يقبل ويعد من قبيل الانكار بعد الاقرار بخلاف مالو اتصل بكلامه الاول وحيث ان العقد كجملة واحدة مركب من ايجاب وقبول مرتبط احـدهما بالاخر اشد الربط معنى وحقيقة فيلزم اتصالهما صورة ولفظا كالانسان المركب من اعضاء مرتبط بعضها ببعض فلو انفصلت لم يعد انسانا فان شخصية كل انسان

متقومة بتأليفه الخاص ومعيار الوصل اللازم والفصل المضر في الكلام موكول الى نظر العرف وهو يختلف حسب الموارد فالوصل بين لفظ الجلالة واكبر اشد منه فيما بين فصول الاذان بعضها مع بعض والفصل بين آية واخرى اوسع منه مابين جملة واخرى في نفس الاية والفصل بين كلمة واخرى في الجملة الواحدة اضيق منه بين نفس الجمل وهكذا في ابيات الشعر بين البيت والاخر اوسع منه بين الشطر والشطر والجملة منه مع الاخرى .

و « الخلاصة » ان التوالي بين الايجاب والقبول في عامة العقود وخصوص البيع من اهم الشروط واذا حصل الفصل المخل بالوحدة الاتصالية بطل العقد ولم ينفع القبول المتأخر ، ولا يكفي اتحاد المجلس وكما ان للاقوال وحدة اتصالية كذلك للافعال المركبة عرفية كالكتابة والصياغة اوشرعية كالوضوء والصلاة وامثالها من العبادات .

(مادة ١٨٤) لو رجع احد المتبايعين عن البيع بعد الايجاب وقبل القبول بطل الايجاب

هذا ايضاً تكرار يغني عنه المادة قبلها كما تغنى عن مادة (١٨٥) تكرر الايجاب قبل القبول يبطل الايجاب الاول الخ ،،،

فهذه المواد الاربع بل الخمس كلها قضية واحدة غنية عن البيان فضلا عن هذا التكرار الممل العاري عن كل فائدة فإن عدم تأثير الايجاب وحده قبل القبول من لوازم اعتبار القبول وتركب العقد منهما .

فما الحاجة الى هذا التطويل .

(الفصل الرابع)

في حق البيع بالشرط

الشروط والخيارات والاقالة وامثالها انما هي من توابع العقد الصحيح التام الاركان فلا يحسن بيان شيء منها قبل استيفاء مقومات العقد واركانه كشرائط المتعاقدين العامة كالبلوغ والعقل وان لا يكون محجراً عليه افلس اوسفه اوشرائط الثمن والمثمن مثل مالين متقومين مملوكين ومن الغريب ان (المجلة) ذكرت بعض هذه المسائل المهمة في الباب السابع بعد ابواب الخيارات وكان الواجب استيفاء مايتعلق بالعقد والمتعاقدين والعوضين ثم الشروع في مايتبع العقد من الشروط والخيارات ومهما يكن فان الشروط تقييدية وتعليقية والتعليقية باطلة لان التنجيز عندنا شرط في عامة العقود والتعليق ينافي التنجيز الا اذا كان صوريا صرفاً كالتعليق على محقق الوقوع مثل ان كانت الشمس اليوم طالعة فقد بعتك فانه يصح على الاصح وان استشكله بعض، واما التقييدية فهي الالتزامات في ضمن الالتزامات العقدية كما سبق توضيحها فى صدر الكتاب وهي اما ان يقتضيها العقد او يقتضي خلافها اولا يقتضيها ولا يقتضي عدمها ، اما الاول فلا اشكال انه يؤكد العقد وليس لها اي اثر فان تخلف الشرط وان اقتضى الخيار ولكن هذا في مثل المقام اثر العقد لا الشرط فلو شرط ان لا يدفع المبيع الا عند قبض الثمن فلا

حق للمشتري بالمطالبة به الا عند دفع الثمن ولولم يدفع كان للبائع الخيار بعد الانتظار الى ثلاثه ايام كما سيأتي ، ومن هذا النوع اشتراط ضمان الدرك واما التي يقتضي العقد خلافها وهي الشروط التي تنـافي مقتضي العقد فقد عرفت بطلانها بل وتكون مبطلة للعقد ، اما القسم الثالث فهي الشروط التي تلزم فى العقود اللازمة وهي ايضاً كما عرفت قسمان شرط الفعل وشرط النتيجة ولا اشكال فى صحة شرط الفعل الا ما حرم حلالا او احل حراما اوخالف كتاب الله تعالى على ما سبق بيانه ، وما عدا ذلك من شروط الافعال فهو لازم نافـذ سواء كان مؤكداً لمقتضى العقد كما لو اشترط الرهن على الثمن المؤجل او الكفيل عليه او خارجا عنه بالـكلية كما لو اشترط خدمة او كتابة ونحوها ، اما شرط النتيجـة فمثل اشتراط حرية العبد اووقفية داره اي صيرورتها وقفا لا ان يوقفها او يعتق عبده ، فهذه الشروط كلها صحيحة على الاصـح كما اشارت (المجلة) الى بعضها في مادة (١٨٦) ومادة (١٨٧) ، ثم ان من شرط صحة الشروط ولزومها فى العقود اللازمة ان يكون فيها فائدة اما للمتبايعين او لاحدهما او لثالث اما لو خلي من الفائدة بالـكلية كان لغواً وشرطاً سفهيا وعلى ذلك بنوا مادة (١٨٨) البيـع بشرط متعارف يعني الشرط المرعي فى عرف البلدة صحيح والشرط معتبر مثـلا لو باع الفروة علي ان يخيط بها الظهارة او القفل على ان يسمره بالباب او الثوب على ان يرقعه .

فالفائدة في هذه الشروط للبايع ومادة (١٨٩) البيع بشرط ليس

فيه نفع لاحد العاقدين صحيح والشرط لغو كبيع الحيوان على ان لا يبيعه او على ان يرسله في المرعى صحيح والشرط لغو ،

وقد يتعلق للبايع غرض بهذه الشروط فتخرج عن اللغوية وكان عليهم ان يذكروا القسمين الآخرين وهو ما فيه نفع لهما او لخصوص المشتري وهي واضحة وكثيرة ،

وفي باب الشروط مباحث جمة ، وتحقيقات مهمة ، لا مجال لبسطها في المقام وقد مرت الاشارة الى بعضها وربما يأتي التعرض في متفرق ابواب هذا الكتاب لبعض آخر انشاء الله ٠

(الفصل الخامس)

في اقالة البيع

اقحام الاقالة التي هي فسخ العقد برضاهما في غضون مباحث شروط البيع وقبل ذكر شروط العوضين والمتبايعين غير سديد

(مادة : ١٩٠) للمتبايعين ان يتقايلا المبيع برضاهما بعد انعقاده .

وقد وردت الاخبار المعتبرة في تأكد استحباب الاقالة ففي النبوي (من اقال نادماً في بيعه اقال الله عثرته يوم القيمة) ، وقد اختلف فقهاء المذاهب في ان الاقالة عقد جديد او فسخ العقد الاول فمنافع المبيع من

حين العقد الى حين الاقالة على الاول للمشتري ومنافع الثمن للبايع وعلى الثاني تبنى القضية على انه فسخ من حينه اوحل للعقد من اصـله وعلى الاول فكالأول وعلى الثاني فبالعكس .

هذا بالنسبة الى الزيادات المنفصلة ،اما المتصلة فلا كلام في تبعيتها للعين

(مادة : ١٩١) الاقالة كالبيع تكون بالايجاب والقبول

ولـكن يكفي فيهما كل مادل عليهما ـ مثلا لوقال احدهما : اقلت البيع اوفسخته وقال الآخر : قبلت ـ صحت الاقالة و ينفسخ البيع ، وكذا لوقال : اقلني فقال : فعلت اورد عليه الثمن واخذ المبيع برضا الثاني فهي اقالة فعلية نظير المعاطاة اوفرد منهـا كما في مادة (١٩٢) الاقالة بالتعاطي القائم مقام الايجاب والقبول صحيحة ·

(مادة : ١٩٣) يلزم اتحاد المجلس في الاقالة ـ كالبيع فلوقال احدهما : اقلت البيع وقبل ان يقبل الآخر انفض المجلس اوصـدر من احدهما مايدل على الاعراض قولا اوفعلا ثم قبل الاخر لايعتبر قبوله ·

قد عرفت ان اتحاد المجلس لايكفي في البيـع بل لابد من التوالي الحافظ للهيئة الاتصالية ، والوحدة العرفية ، وكذلك لايكفي في الاقالة بل لابد من الاتصال على منهاج ماسبق في البيع ·

(مادة ١٩٤) يلزم ان يكون المبيع قائما وموجوداً في يد المشتري وقت الاقالة فلو كان المبيع قد تلف لاتصح الاقالة ·

امابناء على كونها عقداً جديداً فاعتبار قيام العين واضح ، واما بناء على كونها فسخاً فالفسخ وان كان ممكناً على ان يكون اثره ردالعين

ان كانت موجودة ورد المثل اوالقيمة لو كانت تالفة ولكن لما كانت الحكمة من الاقالة استدراك النادم والفسحة له فهي انما تقتضي استرداد عينه فلو كانت تالفة فلا موضوع للاقالة مضافاً الى ظهور اخبارها بذلك وفي حكم التالف نقلها بعقد لازم كبيع اوهبة اووقف اونحوذلك ، نعم لو كان التالف البعض صحت الاقالة فى الباقي كما في مادة (١٩٥) وكذلك يعتبر قيام الثمن ان كان شخصياً لعين ماذكرناه فى المثمن ، لكن لايقدح كون الثمن كلياً كما هو الغالب فى صحة الاقالة اذلايلزم ان يرد عليه نفس ذلك المصداق بل يكفي ردمصداق آخر يساويه والمهم من الاقالة هو استرداد العين المبيعة اي اقالة البائع لا المشتري كما اشير اليه فى مادة (١٩٦) ·

اما الخيارات فان كانت الاقالة عقداً جديداً جرت فيها وان كانت فسخاً وحلا للعقد الاول فلا معنى لجريانها فليتدبر ·



(الباب الثانى)

في المسائل المتعلقة بالبيع ، وينقسم الى اربعة فصول

(الفصل الاول)

في حق شروط المبيع واوصافه

حق هذا الباب ان يعنون بالمسائل المتعلقة بشرائط العوضين وما يدخل في المبيع واحكامه ويدرج الباب الثالث فيه بزيادة فصل في الثمن.

(مادة ١٩٧) يلزم ان يكون المبيع موجوداً ٠

هذا ليس بشرط على الاطلاق كيف وقد عرفت ان المبيع تارة يكون شخصياً وهو لايكون الا موجوداً وتارة يكون كلياً يضبط بالوصف ولا يكون الا معدوما ، نعم لو اراد بيع الشخص الذي سيوجد مثل ان يبيعه ماستحمله هذه الدابة او الثمرة التي ستحملها هذه الشجرة فالبيع هنا بمقتضى القاعدة باطل ولكن لا لكونه غير موجود بل لجهالته الموجبة للغرر والكلي يمكن ضبطه بالوصف بخلاف الجزئي ولذا صح بيع السلم وهو بيع ماليس بموجود فعلا ، فليتدبر.

لكن يمكن بيعه بالتبع كما يمكن الوقف عليه بالتبع نظير الوقف على البطون الموجودة ومابعدها وبيع الفرس واشتراط ما تحمله الاخرى ،

(مادة ١٩٨) يلزم ان يكون المبيع مقدور التسليم

هذا مما لا اشكال فيه وهو موضع اتفاق في الجملة وبدونه يكون البيع غرراً فلا يجوز بيع الطير في الهوآء وان كان مملوكاً اذا كان وحشيا لا يعود، واستدلوا عليه بحديث نهي النبي (ص) عن الغرر وبحديث (لا تبع ماليس عندك) بتقريب انه ليس المراد لا تبع غير ملكك والا لقال: لا تبع ماليس لك ، فالتعبير بهذا الاسلوب ظاهر في ان المراد : لا تبع ماليس لك عليه السلطنة التامة فان الذي عندك وتحت يدك هو الذي تكون لك عليه السلطنة التامة الفعلية ، وكيف كان فلا كلام في اعتبار القدرة على التسليم في الجملة · انما الكلام في امرين - :

الاول - : هل المعتبر القدرة على التسليم وقت البيع او تكفي القدرة بعده ، ومقتضى صحة بيع السلم ونحوه كفاية القدرة عند لزوم الدفع والتسليم لا عند اجراء الصيغة ، ولكنهم مع ذلك يستشكلون في صحة بيع الآبق بغير ضميمة وبيع الثمرة قبل بروزها عاماً واحداً او مطلقاً ويمكن الفرق بما مرت الاشارة اليه من الكلي والشخصي فيصح في الاول دون الثاني ·

الثاني - : هل يكفي قدرة المشتري على التسلم وان كان البائع لا يقدر على التسليم فيبيع العبد الآبق لمن يقدر على قبضه والدابة الشاردة لمن يقدر على امساكها ، فنقول : مقتضى الاعتبار بل القواعد الصحة فان مدرك المنع هو الجهالة والغرر وهما منتفيان في الفرض المزبور ، نعم لو كان مدرك اعتبار هذا الشرط هو الاجماع وحديث (لا تبع ماليس عندك)

كان الوجه عدم الصحة ومع الشك فالمرجع اصالة عدم الشرطية المستفادة من اطلاقات (اوفوا بالعقود) وامثالها وهذا هو الاوجه عندي وان مال الى المنع بعض اعاظم المتأخرين منا ٠

(مادة ١٩٩) يلزم ان يكون المبيع مالا متقوما.

اما المال فقد عرفت حقيقته منا غير مرة وان المالية اعتبارات عقلائية تنشأ من عموم الحاجة الى الشيء وقوة الفائدة والمنفعة فان اقرهم الشارع ولو بعدم الردع فهو مال شرعي ايضا والا فهو غير مال شرعاً وان كان مالا عرفا، والمعتبر في صحة البيع كون المبيع مالا شرعيا ولا يكفي ماليته عرفا ولذا لايصح بيع الخمر والخنزير والاصنام والميتة بل وسائر النجسات والاعيان المحرمة كالآت اللهو والقمار ونحوها ، وعدم المالية اما لنفاسة الشيء كالانسان الحر والمعابد ونحوها واما لخساسته كالقاذورات والحشرات وامثالها فكل هؤلاء لايصح بيع شيء منها لعدم ماليتها شرعا وعرفا اوشرعافقط٠

(مادة ٢٠٠) يلزم ان يكون المبيع معلوما عند المشتري.

لعلك عرفت من غضون ما مر عليك من المباحث في هذا التحرير ان من اهم شروط البيع عدم جهالة المبيع وبالاحرى معلومية العوضين علما برفع الجهالة والغرر ، وبما ان الغرر والجهالة تبطل البيع فاللازم معلومية كل من العوضين عند كل من المتبايعين لا يختص ذلك بالمشتري ولا البائع فلو كان المبيع عند البائع مجهولا فهو احري بالبطلان والغرر المنفي في الحديث النبوي مطلق فتخصيص المعلومية بالمشتري لاوجه له ، ولا

فرق في ذلك بين كون المبيع محتاجاً للتسلم والتسليم ام لا ، ثم ان المعلومية اللازمة في العوضين تعتبر في خمس جهات ·

١ ـ : الوجود . فالذي لم يحرز وجوده لايكون ثمناً ولا مثمناً · كالحمل في بطن الناقة واللبن في الضرع .

٢ ـ : الحصول . فما علم وجوده ولم يعلم حصوله في اليد كالعبد الآبق والمال الغريق في البحر وما اخذه الظالم قهراً الى كثير من امثالها لايقع البيع عليه ·

٣ ـ : جنسه · فمالايعلم جنسه كزبرة من المعدن لايعلم انها حديد امذهب فانها وان كانت معلومة الوجود والحصول ولكنها مجهولة الجنس فلا يصح المعاوضة عليها .

٤ ـ : وصفه فما كان مجهول الصفات كحنطة مجهولة الاوصاف وانها من الاعلى او الادنى اوالوسط لاينعقد عليها البيع ·

٥ ـ : القدر كقطعة من ذهب اوصبرة من الحنطة لايعلم وزنها فان بيعها باطل .

اما السلامة من العيوب فليست شرطاً اذ يصح بيع المجهول من هذه الجهة اعتماداً على اصالة السلامة في الاشياء فتكون كشرط ضمني واذا ظهر انه معيب كان مخيراً بين الفسخ وبين الامضاء بالارش او بدونه

ومن الغريب ماوجدته هنا في بعض شروح (المجلة) ما نصه :

« اما اذا كان المبيع غير محتاج للتسلم والتسليم كمن قال لبائعه بعني المال الذي اودعته عندي فباعه اياه صح البيع ولو كان مقدار المبيع غير

معلوم عند الطرفين » انتهى وهو كما ترى . وقد اشارت الى بعض ماذكرناه ـ ..

(مادة ٢٠١) يصير المبيع معلوما ببيان احواله وصفاته التي تميزه عن غيره مثلا لوباعه كذا مداً من الحنطة الحورانية اوباعة ارضا مع بيان حدودها صار معلوما وصح البيع ٠

معلومية المبيع من سائر الجهات المعتبرة تختلف اسبابها باختلاف الاجناس والانواع المبيعة فالجنس والوصف والمقدار مثلا يعرف اذا كان المبيع كليا بالذكر والاتفاق بين المتبايعين فيقول : ابيعك طنا من الحنطة الفلانية ثم يذكر من اوصافها ماله مدخلية في اختلاف الرغبات والاسعار وان كان شخصيا فيعرف الاولان بالمشاهدة والاختبار ، واما المقدار فبالكيل والوزن والعدد والذراع كما سيأتي ولو كان المبيع الشخصي في عرف عام اوخاص يكتفى بمشاهدته عن اعتباره وتعيين مقداره كما في حزمة الحطب والخضروات وقرب المآء واسقية الالبان وكثير من امثالها صح بيعه بالاشارة الى عينه كما سبق وعليه تحمل ـ :

(مادة ٢٠٢) اذا كان المبيع حاضراً في مجلس البيع تكفي الاشارة الى عينه ٠

وهذا مختص بما يباع بالمشاهدة لامطلق المبيعات فان المكيل والموزون لايصح بيعه لو كان حاضراً بالاشارة اليه ، نعم في امثال ماذكرناه وفي انواع الحيوان تكفي الاشارة كما اومأت اليه (المجلة)

مثلا لو قال البائع للمشتري « بعتك هذا الحيوان » والمشتري يراه فقال « اشتريته » صح ، نعم لو كان المكيل او الموزون او المعدود معلوماً عندهما فلا حاجة لوصفه او اختباره كما ذكر في مادة (٢٠٣) ومن هذا القبيل الدور بل مطلق العقارات والبساتين ولا فسخ له الا اذا ظهر تغيره عما كان يعلم .

(مادة : ٢٠٤) المبيع يتعين بتعيينه في العقد ـ مثلا لو قال البائع : بعتك هذه السلعة واشار الى سلعة موجودة في المجلس وقبل المشتري لزمه تسليم تلك بعينها وليس له ان يعطي غيرها من جنسها .

هذه خاصة البيع الشخصي فان المبيع يتعين فيه بالعقد فلا يجوز دفع غيره حتى لو تراضيا معاً فانها معاملة اخرى وتكون مقايضة « اي بيع سلعة باخرى » ، اما الكلي فلا يتعين بالتعيين فلو باعه وزنة حنطة ثم عينها في وزنة خارجية لم تتعين وكان له ان يدفع غيرها ولاحق للمشتري بالزامه بدفعها ، نعم يتعين الكلي بالقبض فاذا قبضها المشتري لم يكن للبايع تبديلها فاغتنم هذا .

(عنوان وبيان)

ان نظم كتاب البيع عند فقهائنا في مؤلفاتهم انهم يشرعون اولا في المكاسب المحرمة كالاكتساب بالقمار والتصاوير والاصنام والخمر وامثال ذلك ، ثم يبدأون بكتاب البيع وتعاريفه وحقيقته واصالة

اللزوم فيه و يدخلون في شرائط العقد وتقومه من الايجاب والقبول وشروطها والبيع الخالي منهما كبيع المعاطاة والبيع الفاسد ثم شروط العوضين ، وبعد ذلك شروط المتعاقدين ثم بيع الفضولي وبعد استيفاء العقد واركانه واجزائه يذكرون انواع البيع واقسامه باعتبار المبيع ويبدأون منها ببيع الحيوان من انسان وغيره وله احكام وشئون تخصه دون سائر المبيعات وهو كتاب مستقل ، ثم بيع الثمار ولها كذلك مباحث وتحقيقات تختص بها ولا تجري في غيرها ، ثم بيع الصرف وهو بيع النقدين واحكامه الخاصة به ، ثم بيع الربا وهو بيع المكيل والموزون مع التفاضل ، ثم بيع السلم وهو بيع الكلي المؤجل ، ثم بيع النسيئة بعكسه وفي كل واحد منها تحقيقات انيقة ، ومباحث دقيقة ، ثم يعقبون ذلك بكل واحد من انواع الخيارات ، ثم احكام القبض ، ثم الخاتمة في الاقالة ، واصحاب (المجلة) وان رتبوها ابواباً وفصولا ولكنهم لم يحسنوا التبويب والترتيب ولم ينهجوا النهج الطبيعي الملائم للطبع والذوق وما يوافق الاعتبار وحسن الاختيار ، وادخلوا بعض الانواع في بعض مع شدة الاختلاف في الاحكام ، وقد رأيت كيف اقحموا الاقالة في اثناء شروط العقد والمتعاقدين الى كثير من هذا النظير ، وانظر هنا كيف اردفوا الفصل الاول الذي هو في حق شروط المبيع واوصافه بالفصل الثاني الذي اهم مافيه بعض احكام بيع الثمار مع تباعد التناسب بين الفصلين وكان اللازم عقد فصل خاص لبيع الثمار بل عقد فصول لكل نوع يستقل باحكام خاصة ، وقد خلطوا في هذا الفصل

خلطاً متنافراً ، وجمعوا بين احكام غير متلائمة لا تندرج في عنوان واحد فهي اضغاث من فصائل شتى ، وانواع متباينة ، فبينا يذكرون بعض احكام بيع الثمرة ولما يستوفوها واذا بهم يقفزون الى بيع غير مقدور التسليم وبيع غير المتقوم وامثالهما مما سبق ذكره قريبا وهو مضافا الى انه تكرار لافائدة فيه لا يتناسب مع ماذكر في اول الفصل من احكام بيع الثمار وهكذا كل مافي هذا الفصل من المواد لا يرتبط بعضها ببعض الا كارتباط الحصى بالياقوت باعتبار ان الجميع احجار والا فاي مناسبة بين بيع الحصة المشاعة مادة (٢١٤) وبين بطلان البيع بما لا يعد مالا . مادة (٢١٠) وبين صحة بيع الثمرة البارزة مادة (٢٠٦) حتى يحشر الجميع في صعيد واحد ، وفصل منفرد ، والعنوان المذكور وهو ما يجوز بيعه ومالا يجوز واسع لا يحصى فما الوجه لذكر وحدات من مئات .

والغرض من كل هذا بيان ان الحق ان هذا الكتاب اعني (المجلة) فيه علم وفقاهة ولكنه مبعثر وغير محرر فهو احوج مايكون الى التحرير والتهذيب ، اما التكرار فيه والاعادة (فحدث ولا حرج) .

ولنرجع الى نسق ماذكروه على علاته .



(الفصل الثاني)

فيما يجوز بيعه ومالا يجوز

(مادة ٢٠٦) الثمرة التي برزت جميعها يصح بيعها وهي على شجرها ، سواء كانت صالحة للاكل ام لا .

الثمرة من النخيل او الاشجار لها ثلاث حالات ـ : قبل ظهورها وبعد ظهورها قبل بدو صلاحها ، وبعد ظهورها وبدو صلاحها ، ولا اشكال ولا ريب في صحة البيع في حال ظهورها وبدو صلاحها ، سواء اشترط قطعها فوراً او بقاءها الى وقت جذاذها ، وهذا هو الذي ارادته (المجلة) بهذه المادة وهو الفرد الواضح وكان اللازم التعرض للحالين الآخرين فقد ذكروا الواضح السهل واهملوا المهم المشكل وهو بيعها قبل بدو صلاحها وبعد ظهورها ، والمشهور الصحة بشرط القطع او الابقاء الى نضجها ، واشكل منه وهو محل الخلاف بيعها قبل ظهورها اصلا وقد تضاربت الاقوال فيه وتكثرت وبالنظر الى العام الواحد او اكثر ومع الضميمة وعدمها تكون امهات الاقوال ثلاثة او اربعة .

١ ـ : الصحة مطلقاً .

٢ ـ : العدم مطلقاً .

٣ ـ : الصحة في عامين فصاعدا ، والبطلان في عام واحد .

٤ ـ : الصحة مع الضميمة مطلقاً في عام او اكثر .

وهذا هو الاصح حسب القواعد لان الاصل الاولي بطلان بيع المعدوم بل اعتبار الوجود من اول شرائط المبيع و يلزم الاقتصار في الخروج عن هذا الاصل على المتيقن وهو الصحة مع الضميمة مطلقاً ويشهد له بعض الاخبار و يؤيده ماورد من صحة بيع الآبق مع الضميمة واشباهه من مجهول الحصول اوالوجود ولايبعد ايضاً صحة بيعها عامين فصاعداً ولو بدون ضميمة ، كما ورد في بعض الاخبار المستفيضة والمحصل من مجموعها المنع بالفحوى من بيعها قبل الظهور عاماً واحداً ، اما قبل بدو الصلاح بعد الظهور ففيها ماهو صريح بالمنع كصراحة بعضها فى جواز بيعها عامين او اكثر مطلقاً حتى مع عدم الضميمة ، وقد علل الجواز في كثير منها بانه ان لم يحمل بهذا العام حمل من قابل وهو مشعر بجوازه فى العام الواحد مع الضميمة ،

و « تلخص » ان الاصح الجواز في عامين فصاعدا وفى العام الواحد مع الضميمة او بعد بدو الصلاح وماعدا هذين فالاقرب المنع مطلقاً ، هذا في النخيل والاشجار ، اما الخضروات والزرع مطلقاً سواء كان المقصود حبة كالحنطة والشعير والرز والماش او نفسه كالقصيل وورق الحنا وامثاله فان كان المقصود بيع الغلة قبل ظهورها وصيرورتها سنبلا بل حنطة وشعير فهو باطل قطعاً لانه بيع معدوم ، وان كان البيع وقع على نفس الزرع واشترط بقائه الى اوان حصاده اوقطعه قصيلا فعلا فهو صحيح نافذ كما يصح بيع الخضروات من الرياحين جزة وجزتين والبقل لقطة ولقطتين والازهار ونحوها قطفة وقطفتين وترتفع الجهالة في كل هذه

الانواع بالمشاهدة فان اهلها وهم اهل الخبرة بمشاهدتها يعرفون مقدار عائدها وما يرتفع منها من المنفعة ويزول الغرر والخطر بذلك ، نعم لو باعها من غير مشاهدة كان باطلا ، وبما ذكرنا ظهر جواز بيع الموجود منها وضم ماسيوجد الى امد معين كاسبوع او شهر فيشتري الجميع بثمن معين كما عرفت سابقاً من ان المعدوم يجوز بيعه تبعا للموجود على قاعدة انه يغتفر فى الثواني ما لا يغتفر في الاوائل وامثالها من القواعد المتقدمة واليه الاشارة بمادة (٢٠٧) ماتتلاحق افراده يعني ان مالا يبرز دفعة واحدة بل شيئا بعد شيء كالفواكه والازهار والورق والخضراوات اذا كان قد برز بعضها يصح بيع ماسيبرز مع البارز تبعا له بصفقة واحدة وكان ينبغي تقييد ذلك بالمشاهدة الرافعة للغرر فى امثال هذه الانواع

(مادة ٢٠٨) اذا باع شيئا وبين جنسه فظهر المبيع من غير ذلك الجنس بطل البيع ، فلو باع زجاجا على انه الماس بطل .

الظاهر ان المقصود البيع الشخصي يعني اشار الى الزجاج وقال بعتك هذا الالماس ثم ظهر انه زجاج وقد سبق في مادة (٦٥) الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر ان الاختلاف في الوصف لا يقدح فلو اشار الى الاشهب وقال بعتك هذا الأدهم صح بيع الاشهب ، اما في الغائب فيقدح لأن المدار في الحاضر على المشاهدة بخلاف الغائب فان المدار فيه على الوصف اذ لا مشاهدة حتى يعول عليها ، هذا في اختلاف الوصف اما مع اختلاف الجنس كما في مثال الزجاج فيظهر من (المجلة) هناك البطلان ولا يتضح وجه الفرق بين المقامين فان المدار ان كان على

المشاهدة وان المقدم عند تعارض الوصف والاشارة هو الاشارة فلازمه اطراد ذلك حتى مع اختلاف الجنس فلو اشار الى الزجاج وقال : بعتك هذا الالماس، فاللازم التعويل على الاشارة وبطل الجنس كما يبطل وصف الاشهب بالادهم ، هذا اذا كان التعبير بنحو الاشارة ، أما اذا كان على نحو الشرطية كما في هذه المادة حيث باعه الزجاج على انه الماس فالحق وان كان كما ذكر فيها من البطلان ولكن لافرق ايضا في قضية الشرطية بين اختلاف الجنس اوالوصف حتى في الحاضر فلو قال : بعتك هذا الفرس على انه اشهب وهو ادهم فالحكم بالصحة محل نظر بل منع لان البيع وقع على المقيد وهو عدم عند عدم قيده فالموجود لم يقع العقد عليه وما وقع العقد عليه غير موجود فكيف نحكم بالصحة . والتحقيق ان تخلف الوصف يوجب الخيار بخلاف تخلف الحقيقة فانه باطل

و « بالجملة » فباب الاشارة الجنس والوصف فيها سوآء في الصحة ، وباب التقييد والشرطية سوآء في البطلان او الخيار .

وقد تقدم ماعندنا من التحقيق الذي ربما ينفع هنا فراجع .

(مادة : ٢٠٩) بيع ماهو غير مقدور التسليم باطل كبيع سفينة غرقت الخ . . .

تقدم هذا البيان بعينه في مادة (١٩٨) من غير جهة افادة في الاعادة كما ان مادة (٢١٠) بيع مالا يعد مالا والشراء به باطل تقدمت بعينها في مادة (١٩٩) وهي تغني عن مادتي (٢١١و٢١٢) بيع غير المتقوم باطل والشرآء به باطل .

و « بالجملة » فقد ذكروا في هذا الفصل اربع مواد كلها مستدركة ولافائدة باعادتها ، كما ان مادة (٢٠٠) السابقة تغني عن مادة (٢١٣) بيع المجهول فاسد الخ …

(مادة ٢١٤) بيع حصة شايعة معلومة كالنصف والثلث والعشر من عقار معين مملوك قبل الافراز صحيح .

لااشكال ولاشبهة في صحة بيع الكسر المشاع ولكن اختصاص ذلك بالعقار لايعلم وجهه بل يطرد فى العقار وغيره وفي المنقول وغيره كما ان قيد المملوك ان اريد به اخراج حصة مشاعة من غير المملوك كالوقف ونحوه فهو مما لا يقبل البيع مطلقاً لا بعضه المشاع ولا كله والا فهو مستدرك اذ غير المملوك لايصح بيعه ومثله قيد « قبل الافراز » اذ الحصة الشايعة لاتكون الا قبل الافراز اما بعد الافراز فلا اشاعة ، واخرج بالمعلومة الحصة المجهولة وهو واضح وضوح - :

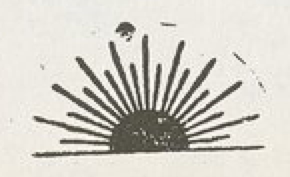
(مادة ٢١٥) يصح بيع الحصة الشايعة بدون اذن الشريك .

لان الشركة لاتقتضي سلب مطلق السلطنة بل تسلب السلطنة المطلقة فمثل هذه التصرفات لاتتوقف على اذن الشريك ، نعم تصرف كل واحد من الشريكين بالانتفاع بالعين موقوف على اذن الآخر ، اما البيع ونحوه مما يقع على نفس حصة الشريك لاعلى عين المال المشترك فلا يتوقف على الاذن ولكن اشفاقاً على الشريك من ضرر مشاركة الاجنبي الذي ربما لايلائمه جبره الشارع بحق الشفعة فحفظ بذلك حرية المالك مع مراعاة جانب الشريك ان لايبتلى بغير الملائم ، وقيد الشايعة لعله

احتراز عن بيع الحصة المعينة فى المشاع فانها لا تنفذ الا باذن الشريك او اجازته ، والا فهو فضولي بالنسبة الى حصة شريكه .

(مادة ٢١٦) يصح بيع حق المرور وحق الشرب وحق المسيل تبعاً للارض .

هذه الحقوق لها ثلاثة احوال ، فان حق المرور مثلا اما ان يكون في ارضه المملوكة له فله ان يبيعه تبعاً للارض فانه بعض منافعها وله ان يبيعه مستقلا فيبيع هذه المنفعة الخاصة ان جوزنا بيع المنافع ، واما ان يكون في ارض الغير فله بيعه مستقلا لانه حق مالي وكل حق مالي يصح بيعه كما يصح اسقاطه ، واما ان يكون فى ارض غير مملوكة كالطرق والشوارع — عامة اومرفوعة — فلا بيع ولا معاملة عليها مطلقاً بل هي بالحكم اشبه منها بالحق فلا تقبل النقل والانتقال ، كما لا تقبل الاسقاط بحال من الاحوال و « بالجملة » فان الانسان في الشوارع وامثالها من المحلات العامة لا يملك المنفعة وانما يملك الانتفاع كما ان الناس فى الماء والنار والهواء شرع سواء ، نعم فى الطرق المرفوعة يمكن لاحد الشركاء مصالحة حقه لشريكه اواتفاقهم جميعاً على مصالحته ونقله لاجنبي على اشكال ايضا ، وتحقيق هذا موكول الى محله .



(الفصل الثالث)

في بيان المسائل المتعلقة بكيفية بيع المبيع

يظهر ان هذا الفصل يقصد به بيان المقادير والمقائيس التي تعرف بها الاعيان التي يتداولها الناس بالبيع والشرآء ، وقد اعلمناك ان المقصود عند العرف من معرفة الاجسام اما كمها المتصل او الكم المنفصل . والمقصود من الاول اما معرفة ثقل الجسم او مساحته .

والاول يعرف بالكيل والوزن وهو الاصل والكيل طريق اليه ، والثاني يعرف بالذرع ، والثالث بالعدد ، والذرع يرجع اليه فاصول المقائيس - وزن وعدد .

(مادة ٢١٧) كما يصح بيع المكيلات والموزونات والعدديات والمذروعات كيلا ووزناً وعدداً وذرعا يصح بيعها جزافاً ايضاً ، مثلا لو باع صبرة حنطة او كوم تبن او آجر او حمل قماش جزافا صح البيع . اتفق فقهآء الامامية واستفاضت اخبارهم بان الاطعمة وخصوص الحنطة والشعير بل كل مكيل وموزون عند العرف او في زمان الشارع لا يصح بيعه الا بكيله ووزنه وان بيعه جزافا باطل حتى مع المشاهدة ، ومن الغريب بل ومن الجازف حكم (المجلة) بصحة بيع المكيلات واخواتها جزافا ، وهل يشك احد ان بيع صبرة الحنطة التي لا يعرف المتبايعان وزنها ألطن او اثنان ؟ غرر وبيع الغرر باجماع المسلمين للحديث المشهور

باطل .

و « بالجملة » فبيع الجزاف باطل مطلقاً ولا يصح شي منه لأن المعلومية شرط والجهالة مفسدة ، كما تقدم في مادة (٢٠٠) و (٢١٣)، غايته ان بعض مايباع ترتفع جهالته بمشاهدته فلا جزاف ثمة ولاغرر فبيع الحطب و كوم التبن والآجر وحمل القماش اوالفاكهة بالمشاهدة لايعد من الجزاف اصلا ولو كان لكان باطلاقطعا ، وطبيعة البيع لاتحتمل الغرر والجهالة اصلا بل هما متضادان ابداً . نعم يحتمل الصلح وذلك لانه مشروع لقطع الخصومة والتسالم والرضا بالواقع كيف كان بخلاف البيع والاجارة فانهما من عقود التغابن والفائدة فلا يصح منها ما يكون مظنة الخطر والخسارة وتجويز البيع الجزافي ناشئ من عدم النباهة وضعف الفقاهة وقصور الباع في احكام الشريعة الاسلامية ولذا لم ينقل القول به عن احد من فقهاء الامامية مع كثرة اختلافاتهم في الفروع الفقهية ·

واغرب من ذلك - :

(مادة ٢١٨) لوباع حنطة على ان يكيلها بكيل معلوم اوزنها بحجر معين صح البيع وان لم يعلم مقدار الكيل وثقل الحجر .

ولعمري لقد سقطوا بالبيع من مكان حالق وهو وابه الى بئر سحيق وهذه هي الفوضى بعينها ، وسحق المدنية باجمعها ، ودعوى ان المشار اليه قد علم به من طريق الحس وهو اقوى طرق العلم واضحة الوهن والسقوط فان الحس والمشاهدة لم ترفع الجهالة بمقداره ، ولم تفد معرفته بوزنه وعياره ، وعلى ماذكروه فيكون من العبث وضع الموازين

والمكاييل وامثالها وضاعت هذه الحكمة القويمة ، والفلسفة العالية ، التي توخاها عقلاء البشر من تلك المقررات في اوائل التمدن الصحيح في الهيئة الاجتماعية فتدبره جيداً ولا يذهب بك الاسفاف الى هذه المداحض فان كل هذه الفروض من افراد بيع الغرر الذي هو من اوضح انواع البيع الفاسد .

واعلم ان الغرر المنهي عنه الموجب لفساد البيع هو النوعي لا الشخصي فلو فرضنا ان المشتري اوهو والبائع كان قوي الحدس بحيث لو نظر الى الصبرة يعرف مقدارها اويعرف مقدار مايكفيه نفقة لمدة من الايام فلا يلحقه اي غرر من شرائها لم ينفع ذلك لأن المبطل هو الغرر المتحقق في نوع هذا البيع فيبطل كل افراده حتى الخالي من الغرر ولايصح الا المعلوم مقداره من الطرق المتعارفة وهي الكيل والوزن والعدد ورديفاتها

(مادة ٢١٩) كما جاز بيعه منفرداً جاز استثناؤه من المبيع مثلا لو باع ثمرة شجرة واستثنى منها كذا رطلا على انه له ، صح البيع .

هذه المسئلة من توابع بيع الثمار وهي قضية (الثنيا) و (ايجازها) ان بائع الثمرة يجوز له ان يستثنى له منها كسراً مشاعاً ثلثا اوربعاً كما يجوز استثناه ارطال معلومة اربعا اوخمساً مع العلم بان الثمرة تشتمل على اكثر من ذلك وله ان يستثني نخلات اوشجرات معينة وكل هذا يجوز بيعه منفرداً فيجوزاستثناؤه لانه معلوم من معلوم ، اما لو استثنى نخلات غير معينة اوارطالا مجهولة العدد اوكسراً مشاعا مردداً بين الكسور فهو باطل لانه لايجوز بيعه لجهالته فلا يجوز استثناؤه ، وهذا انما يتم

على رأي من يعتبر في المبيع عدم الجهالة .

اما « المجلة » التي جوزت بيع الجزاف فلا مورد عندها لهذه المادة لأن الجميع يجوز بيعه فيصح استثناؤه ، ثم ان فقهائنا فرعوا على قضية (الثنيا) انه لو خاست الثمرة او تلفت فان استوعب التلف فلا ريب انه على البائع والمشتري وان تلف البعض ففي الكسر المشاع يسقط منه بحسابه وفي النخلات المعينات ان اصابها التلف فقط فعلى البائع خاصة والا فلا ينقص منها شيء لتميز المالين وحينئذ فتلف (الثنيا) لا يلحق المبيع وتلف المبيع لا يلحق (الثنيا) . واما الارطال المعلومة فان نزلناها على الاشاعة توزع النقص على الجميع بالنسبة وان نزلناها على الكلي فى المعين اختص النقص في المبيع ولا يلحق (الثنيا) منه شيء وهذا هو مظهر الفرق بين المشاع والكلي فى المعين ، فتدبره .

(مادة : ٢٢٠) بيع المقدرات صفقة واحدة مع بيان ثمن كل فرد وقسم منها صحيح ، مثلا ـ لو باع صبرة حنطة اووسق سفينة من حطب اوقطيع غنم اوقطعة من جوخ على ان كل كيل من الحنطة او قنطار من الحطب اورأس من الغنم اوذراع من الجوخ بكذا صح البيع.

اذا كانت الجملة من المقدرات معلومة المقدار كيلا او وزناً او عدداً وهي متساوية الاجزاء كصبرة معلوم ان وزنها طغار او قطعة جوخ معلوم ان طولها خمسون ذراعاً فباع الحنطة باجمعها على ان كل وزنة بدينار والجوخ كل ذراع بربع دينار صح اذ لا جهالة اصلا ، اما لو كانت الصبرة مجهولة المقدار والقطعة مجهولة الذراع او كانت معلومة ولكنها

غير متساوية الابعاض لم يصح البيع كل ذراع بكذا عند فقهائنا للجهالة اي جهالة مقدار ماشترى ، وقد ذكر في كتاب الاجارة انه لو آجره سنة كل شهر بدرهم بطل ، ويظهر من (المجلة) الصحة مطلقاً وليس هو بادي من صحة بيع الجزاف عندهم وبعد البيع لا يجدي الانكشاف ، فليتدبر .

وينسب الى الحنفية صحة البيع في فرد واحد وهو تحكم ، ولا يختلف الحكم عندنا بين الجنس الواحد او الاجناس المختلفة كصبرتين حنطة وشعير ، وقد عرفت ان ملاك الصحة في الجميع هو رفع الجهالة والمعلومية حال البيع بان يعلم ماذا باع وبكم باع والمشترى كذلك ولا يبقى بينهما مجال للنزاع او الخصومة ، فاعرفه جيداً .

ومن هنا تعلم مادة (٢٢١) كما يصح بيع العقار بالذراع والجريب يصح بتعيين حدودها ايضاً ، كل ذلك لما عرفت من ان ملاك الصحة ارتفاع الجهالة وهو واضح كوضوح مادة (٢٢٢) انما يعتبر القدر الذي يقع عليه العقد لا غيره ، ومما تقدم ايضاً يتضح ماذكروه في مادة (٢٢٣) المكيلات والعدديات المتقاربة التي ليس في تبعيضها ضرر اذا بيع جملة منها مع بيان قدرها ، صح البيع سواء سمى ثمنها فقط او فصل لكل كيل او فرد او رطل منها ثمناً على حدة فاذا وجد تاما عند التسليم لزم البيع واذا ظهر ناقصا كان المشتري مخيراً ان شاء فسخ وان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وهو خيار تبعيض الصفقة ، اما الزيادة فهي للبائع قطعاً · والمثال واضح فلا حاجة الى التطويل

(مادة ٢٢٤) لو باع مجموعاً من الموزونات التي في تبعيضها ضرر وبين قدره وذكر ثمن مجموعه وحين وزنه وتسليمه ظهر ناقصا عن القدر فالمشتري مخير ان شاء فسخ وان شاء اخذ الموجود بجميع الثمن المسمى لأن النقص بمنزلة العيب ولا حصة للوصف من الثمن فليس للمشتري تنقيص الثمن كما هو الحكم بخيار العيب .

هذا الحكم ايضا واضح فان النقص اذا كان بمنزلة العيب فهو مخير بين الفسخ والامضاء مع المطالبة بالارش اوالامضاء بغير ارش . فان الاوصاف وان كانت لا تقابل بالاعواض كما سبق في صدر الكتاب ولكن النقص ليس فقد وصف بل فقد جزء ولاريب ان الثمن يقسط على الاجزاء والابعاض وان لم يقسط على الاوصاف فالزيادة والنقيصة لها شأن وملاحظة ولاتذهب على البائع ولا المشتري .

و « تحرير الفرع » ان المتبايعين اذا اتفقا على المعاملة على جملة مجموعة سواء كان في تبعيضها ضرر ام لا كقطعة لحم اوفص جوهر وعينا وزنه وقيمته على الجملة فان لوحظ الوزن الذى ذكراه من باب التقييد ثم انكشف زيادته او نقصه فاللازم الحكم حينئذ اما بالبطلان او الخيار على اختلاف الاعتبارين من انه من قبيل المتباينين اومن قبيل تخلف الشرط وان لوحظ على نحو الداعي اي ان المقصود بيع هذه الجملة بالثمن المعين كيفما كان وانما ذكرا الوزن المخصوص لاعلى جهة التقييد بل على نحو الصفة التوضيحية لا الاحترازية ويكون من باب الخطأ في التطبيق فالبيع صحيح حتى مع انكشاف النقيصة او الزيادة ولاخيار وليس للبائع ولا عليه

شيءٌ ، فليتدبر .

هذا ولكن الغالب كما في مثال المصاغ والجوهر وغيرهما هو اعتبار القيدية فيكون له الخيار بين الفسخ وبين الاخذ بحسابه كما في مادة (٢٢٥) اذا بيع مجموع من الموزونات التي في تبعيضها ضرر مع بيان مقداره وبيان اثمان اقسامه واجزائه وتفصيلها ثم ظهر وقت التسليم زائداً او ناقصاً الخ . . . وان كان المثالان مختلفين واحتمال البطلان هنا بعيد بل هو مخير بين الفسخ وبين اخذ المجموع بحسابه وربما يختلف الحكم باختلاف التعبير والقصد فاذا قال : بعتك هذه الصبرة على انها وزنه وكل حقة منها بدرهم فانكشف انها اقل كان له الخيار بين الاخذ بحسابها او الفسخ في الجميع ، اما لو قال : بعتك هذه الجملة بقيد كونها وزنة بكذا ثم انكشف الزيادة او النقصان توجه البطلان .

و « الحاصل » ان المقاصد والتعابير تختلف فيختلف الحكم فاللازم دقة الملاحظة في كل مورد بحسبه .

(مادة ٢٢٧) اذا بيع المجموع من العدديات المتفاوتة وبين مقدار ثمن ذلك المجموع فقط فان ظهر عند التسليم تاماً لزم البيع واذا ظهر ناقصاً اوزائداً كان البيع في الصورتين فاسدا ، مثلا ـ اذا بيع قطيع غنم على انه خمسون رأسا بالف وخمسمائة قرش ثم ظهر خمسة واربعين رأسا عند التسليم او خمسة وخمسين فالبيع فاسد .

لا يظهر وجه صحيح هنا لفساد البيع بل الصحة فيه اولى من الصحة في مادة (٢٢٥) وهي اذا بيع مجموع من الموزونات التي في تبعيضها ضرر

الخ ... فقد حكمت (المجلة) فيها بالصحة مع الخيار بين الفسخ و بين اخذ المجموع بحسابه فاذا كان المجموع الذي في قسمته ضرر كمنقل من نحاس لا يفسد البيع بنقصه أو زيادته فبالاولى أن يصح مالا ضرر في قسمته كقطيع الغنم ، ومقتضى القاعدة أن يصح بحسابه كما صح هناك بل من المرجح أن يتعين هذا ولا يكون له خيار بينه و بين الفسخ اصلا للفرق الواضح بين الابعاض الاعتبارية والوحدة الحقيقية و بين الابعاض الحقيقية والوحدة الاعتبارية فان قطيع الغنم ليس وحدته الا اعتبارية وانما هي وحدات واقعية اعتبر مجموعها شيئاً واحداً بخلاف المنقل فانه واحد حقيقة و ينحل بالاعتبار الى اجزاء فالعقد على تلك الوحدات ينحل الى عقود متعددة فكل رأس من الغنم مبيع مستقل فاذا وقع العقد الواحد على خمسين وكانت خمسة واربعين فنقص الخمسة لا يقدح في وقوع العقد على كل واحد من الخمسة واربعين فيكون لازما لا خيار فيه ولكن بمقداره وهذا بخلاف منقل النحاس الذي هو خمسون رطلا فان العقد واحد وقد وقع على شيء واحد غايته أن العقل يحلله الى ابعاض وهي الارطال وحيث انكشف عدم وجود ما وقع العقد عليه فيقتضي ان يكون فاسداً ولكن بالنظر الى التحليل الاعتباري وان الموجود بعض المبيع فيكون له الخيار نظير تبعيض الصفقة وعلى كل حال فقد ظهر ان الصحة هنا أولى من الصحة هناك وان حكم (المجلة) بان البيع في الصورتين فاسد — فاسد .

﴿ وفذلكة الحساب في هذا الباب ﴾

انك اذا بعت جملة من ذوات الكم المتصل كقطعة ارض اوطاقة قماش اومنقلة صفر وامثال ذلك وعينت عدد الاذرع في امثال الاولين او الوزن في امثال الاخير . وجعلت ثمناً واحداً للمجموع فان كان البيع كلياً ثم دفعت المصداق فظهر انه اكثر اواقل فله ان يطالبك بالتكملة فى الاول ولك ان تطالبه با الزائد في الثاني ليتحقق مصداق الكلي المبيع حسب الفرض وليس له الفسخ ، وان كان البيع شخصياً فقلت بعتك هذه الارض التي هي الف فدان فظهر انها اقل او اكثر فله الخيار ان شاء يأخذ الموجود بحسابه بعد توزيع الثمن المسمى على الالف وان شاء الفسخ وكذا فى صورة الزيادة ويكون كبيع جديد بالنسبة الى الزائد وله الفسخ ايضاً سواء عين للجملة ثمناً او لكل فدان مقداراً وعلى هذا المنوال — بيع ذوات الكم المنفصل من المعدودات وما يلحق بها من الاطعمة والحبوب المكيلة والموزونة فان الكيل يرجع الى الوزن والوزن يضبط اخيراً بالعدد كوزنه وزنتين وهكذا ، ففي البيع الكلي وظهور النقيصة له المطالبة بالمصداق ومع الزيادة يأخذها البائع ليبقى للمشتري حقه وهو المصداق ولا فسخ في الصورتين ، اما في البيع الشخصي فكل منهما مخير بين الفسخ وبين الامضاء بالحساب فاغتنم هذا البيان فلعلك لاتجده فى غير هذا الكتاب ، ومنه تعرف ما في مادة (٢٢٨) ، اذا بيع مجموع من العدديات — الخ ... فان الحكم بالخيار في صورة النقيصة كالحكم بالفساد في صورة الزيادة لاوجه له اصلا والحق ان البيع صحيح على جميع التقادير غايته انه مع الخيار تارة و بلا خيار

اخرى ، كما ان مادة (٢٢٩) في الصور التي يخير فيها المشتري من المواد السابقة اذا قبض المشتري المبيع مع علمه بانه ناقص لا يخير في الفسخ بعد القبض

نعم لا خيار له بالفسخ مع علمه لأن قبضه ظاهر فى رضاه بالعقد ولكن له حق المطالبة بالنقيصة كما ان دفع البائع مع علمه بالزيادة لا يمنعه من الرجوع به وهو اعلم بقصده ان قال قصدت الامانة او غير ذلك .



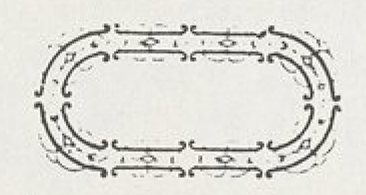
(الفصل الرابع)

في بيان ما يدخل في البيع بدون ذكر صريح وما لا يدخل

قد عرفت ان المرجع في مثل هذا الى العرف الخاص للمتبايعين وهو يختلف باختلاف الامكنة والازمنة والعناصر واللغات ولا يدخل تحت عنوان واحد وضابطة مطردة فان تسالم المتبايعان على دخول شيء او خروجه فذاك وان تنازعا فالمرجع الى عرفهما ان اتفق وان اختلفا او حصل الشك فالاصل عدم الدخول لاستصحاب بقاء ملك البائع . وقد يتفق عرف البلدان والامم على دخول شيء اذا كان كالجزء من الشيء او جزء حقيقي كالمفتاح من القفل او القفل اللاصق بالباب (كيلون) الذي هو كجزء منها اما مثل البقرة الحلوب فيختلف العرف في دخول

فلوها وعدم دخوله فقد يدخل في عرف قوم وقد يخرج في عرف آخرين ثم ان تخلف الداخل في المبيع عند الاطلاق من حيث انه يوجب الخيار فقط او له المطالبة برد جزء مايقابله من الثمن يرجع فيه الى العرف ايضاً فان كان عندهم بمنزلة الجزء الحقيقي كان له قسط من الثمن كالميزاب اوالباب مثلاوالا فليس الا الخيار ، وبهذا يتضح اكثر ماذكر في هذا الفصل من المواد وما ينبغي ان يقال فيها على الاجمال ،

والى هنا انتهى الباب الثاني من ابواب البيوع المسطورة في (المجلة) وبه يتم الجزء الاول من هذا الكتاب (التحرير) ، ويليه انشاءالله (الجزء الثاني) و يكون اوله (الباب الثالث) في المسائل المتعلقة بالثمن وكان العزم على انهاء ابواب البيع كلها في هذا الجزء الذي بدأنا فيه اوليات شوال سنة ١٣٥٩ و بلغنا الى هذا المقام باقل من شهرين وقد تجاريا طبعه وتأليفه معاً في زمن واحد، وقد انتهزنا سويعات القاء هذه الخواطر للنشر من انياب النوايب وحوادث الايام وكوارث الالام والاسقام وتراكم الاشغال والمزعجات الروحية والبدنية وعلى كل فالمنة لله وحده وهو حسبنا ونعم الوكيل .



(تدارك)

يوجد في مكتبتنا من المطبوعات القديمة كتاب (الاشباه والنظائر) للفقيه الشيخ زين بن نجيم الحنفي المصري من اهل القرن العاشر وكنا قبل برهة متمادية تصفحناه واتينا على جملة من ابوابه وعندما شرعنا في هذا التحرير وذكرنا المؤلفات في القواعد العامة غاب عنا ان نذكر هذا الكتاب اوان ننظر فيه ونستمد منه ، ولما انتهينا الى ختام هذا الجزء استحضرناه من المكتبة فوجدنا ان المائة مادة التي ذكرناها (المجلة) في المقدمة جلها او كلها بنصها وترتيبها مأخوذ من هذا الكتاب بل واكثر المواد في ابواب البيوع والاجارات وما بعدها من المعاملات ايضا منتزع من الكتاب المزبور واول ماذكر من القواعد العامة قاعدة (لاثواب الا بنية) (الثانية)(الامور بمقاصدها) وهكذا بتغير يسير عما في (المجلة) والناظر فيهما يجد في اول نظرة ان كتاب (المجلة) قد اختصر من ذلك الكتاب او هو تحرير له . اما الكتاب في حد نفسه فالانصاف ان فيه ثروة من القواعد العامة والفروع النادرة ومادة من الفقاهة والاستنباط تنبع من سعة خيال ، وطول باع ، وغزير اطلاع ، ولكن قد خلط فيه الحابل بالنابل ، وجمع بين الغث والسمين ، والركيك والمتين ، حتى بلغ به الاسفاف والضعف الى ذكر باب واسع من جملة ابوابه — في احكام (الجان) وانت خبير بان الفقه اذا دخلت فيه احكام الجان ، فقد صار

اشبه شيء بالخرافة والهذيان ، واذا وفق الله سبحانه لتأليف الاجزاء الباقية من هذا (التحرير) ، فعسى ان نتعرض لذكر النافع من هذا الكتاب فان فيه فوائد مطمورة في التوافه طمور الدر في المزابل ، وهذا الكتاب عند الجمهور اشبه ما يكون بكتاب (القواعد) للشهيد الاول عند الامامية ولكن ليس في كتاب (القواعد) احكام الجان وكثير من امثالها من الفروع السخيفة والفروض النادرة التي لعلها تقع وربما لاتقع في الدهر ولامرة ، وعلى كل ذلك فشكر الله مساعيهم ، واثابهم على نياتهم واعمالهم ، فقد جدوا واجتهدوا ، ونفعوا وافادوا ، ونسئله ان يختم لنا بالحسنى انه ولي الاحسان ، وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين

وقد وافق ختامه بقلم مؤلفه الضعيف العاجز .

محمد الحسين آل كاشف الغطاء صباح الجمعة .

٢٧ ذيقعدة الحرام سنة ١٣٥٩

جدول الخطأ والصواب للجزء الأول من تحرير المجلة

صفحه	سطر	خطأ	صواب
٤	١	تستبين الوزن	يستبين الوزن
٥	١٠	بعد احصائه	بعد احصائه
٨	١	المنفقة	المنفقه
١٠	١	الضرر	الغرر
١٠	٤	يتبين	يتبين
١٠	١٢	الصبغة	الصيغة
١٥	٢	القول ،	القول فيها ،
١٥	٥	استادية	استاذية
١٥	١٥	جمعا	جمعنا
١٥	١٥	وحظر	وحضر
١٧	١٢	يتحمل	يتحيل
١٨	٥	يحرم الكلام ويجرم الكلام	يحرم الكلام ويحلل الكلام
٢٥	١١	الى قاعدة	والى قاعدة
٢٧	٣	الأهوى	الأهون
٢٧	٤	سفينه	السفينة
٣٠	٦	مقابلته الضرر	مقابلته بالضرر
٣٢	١٠	يرجع الى	ان يرجع الى
٤٣	١٢	لتقييد	التقييد
٤٤	٦	يخلو	يخلو
٤٤	١١	الفرس	الفرس
٣٩	١٨	الباقي على	الباقي عن
٤٤	١٤	الأشهب	الأشهب
٤٥	١٤	ونظير الكلام	ونظيره الكلام
٤٥	٩	ف	في
٤٥	٩	اقرارو انكار	اقرارا وانكار
٤٥	١٥	بيانا	بيانا
٤٥	١٩	الصريح	التصريح
٤٦	٧	وهو	وهو كون
٥٤	١٢	٨٣	٨٤

جدول الخطاء والصواب للجزء الاول من شرح المجلة

صفحه	سطر	خطاء	صواب
٥٥	٧	تظافرت	تظافرت
٥٦	٥	تلف العين	تلف العين
٥٧	٤	رحع	رجع
٥٧	٨	بان فلان	بان فلانا
٦١	٣	يستثني	يستثنى
٦١	٣	ما	ما
٦١	٦	بخروجها	بخروجها
٦٤	٧	دثر	درء
٦٩	٢	الصحيح	الصحيح
٦٩	١٦	تبضة	قبضة
٧٥	١٥	الحائض نظائر	الحائض ونظائر
٧٧	٢	لسبب	لسبب
٧٦	١٥	معتد بة	معتد به
٨٠	١	المطالبة	المطالبة بالارش
٨١	١٤	لازما وصيرورة العقد	وصيرورة العقد لازما
٨٨	٦	نقام	فقام به
٨٨	٧	محرم	محترم
٨٨	٩	الاقبله	الا من قبله
٩٨	١٤	الدليل خاص	لدليل خاص
١٢٣	١٩	المقسم قسمين	المقسم قسيما
١٣٠	٩	كالأعيان الذى	كالأعيان التى
١٣٠	١١	تحرز	تحرز
١٣٤	٧	علامته	علاته
١٥١	١٢	كلها سبق	كلما سبق
١٧١	١٣	كصعته	كقطعته
١٨٢	١٢	دان	وان
١٨٢	١٤	الجاسزف	الجزاف
١٤٤	٢	اصالة العقود	اصالة لزوم العقود

تحرير المجلة

تأليف

امام المسلمين آية الله

محمد الحسين آل كاشف الغطاء

دامت بركاته

مطبوعات

مكتبة النجاح طهران و مكتبة الفيروزآبادي قم

المكتبة المرتضوية ومطبعتها الحيدرية

النجف الاشرف العراق

سنة ١٣٦٠ هـ

المجلد الثاني

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة
امام المقصود

ذكرنا اننا لما وجدنا مجلة (الأحكام العدلية) هي المرجع الاعلى والتي عليها المعول من زمن الاتراك الى اليوم ليس في خصوص العراق بل في عامة الاقطار العربية وغيرها ، ووجدناها لأول نظرة في اشد الحاجة الى التنقيح والتحرير كتبنا (الجزء الأول) واجزنا للمطبعة نشره وتقديمه الى (كلية الحقوق) واساتذتها الاعلام وسائر علماء الحقوق والفقه ونقباء الشرع والقانون و كافة رواد العلم والتحقيق من الطلاب والمعلمين و كانت محتويات (الجزء المتقدم) لاتعدو ان تكون واحدة من ثلاث شرح . او انتقاد . او استدراك . يعني شرح بعض مشكلاتها ،والايماء الى عثراتها ، وضم بعض موادها الى اخواتها

وليس الغرض من كل ذلك سوى ان نسد فراغاً ونكمل نقصاناً ونستدرك فائتاً ، اتماماً للفائدة ، واعظاماً للمنفعة فان اجدت فيما افدت فالمنة لله وحده ، والا فيكفي حسن النية ، وسمو المقصود ، وما توفيقي الا بالله عز شأنه ومن عنايته استمد التوفيق لاتمام بقية الاجزاء على النهج المتقدم او اقوم قيلا ، وانهج سبيلا ، وقصارانا ان التمحيص والنقد احب الينا فيما نكتب من الاطراء والحمد .

الباب الثالث

في بيان المسائل المتعلقة بالثمن

الفصل الأول

في بيان المسائل المترتبة على اوصاف الثمن واحواله

[مادة : ٢٣٧] تسمية الثمن حين البيع لازمه ، فلو باع بدون تسمية ثمن كان البيع فاسداً .

هذا الحكم ضروري بعد الذى عرفت من ان البيع مبادلة مال بمال يعني انه نسبة واضافة بين مالين وهل يعقل تحقق الاضافة بدون طرفين وكذا لو كان فعلا وانفعالا فانه فعل يتعلق بشيئين وجعل احدهما مكان الاخر وعليه فحق التعبير ان يقال : لو باع بغير ثمن لم يقع بيع ، لا انه كان فاسداً وقد تكرر بيان ان الثمن والمثمن من مقومات البيع واركانه نعم لو كان الثمن مجهولا كان بيعاً ولكنه فاسد ، فتدبره كما في .

(مادة : ٢٣٨) يلزم ان يكون الثمن معلوماً .

وقد عرفت اعتبار المعلومية فيه وفي المثمن في خمسة امور . الوجود والحصول والجنس والوصف والقدر . فلو حصل الجهل بشيء منها كان البيع فاسداً .

(مادة : ٢٣٩) اذا كان الثمن حاضراً فالعلم به يحصل بمشاهدته والاشارة اليه وان كان غائباً يحصل ببيان مقداره ووصفه .

المشاهدة لا تكفي الا اذا كان الثمن او المثمن غير مكيل ولا موزون ولا معدود وقد تقدم انه لو باع صبرة حنطة لا يعلم مقدارها فالبيع عندنا باطل ومثله الكلام في الثمن فلو اشترى منه وزنة حنطة بقبضة دراهم لا يعلم عددها كان باطلا ، نعم عند ارباب (المجـلة) الذين يجوزون بيع الجزاف يكون صحيحاً ولـكن لا معنى حينئذ لقولهم في المادة السابقة وامثالها مما سبق انه (يلزم ان يكون الثمن معلوماً) ودعوى انه يصير بالمشاهدة معلوماً واضحة المنع ، فليتدبر .

(مادة : ٢٤٠) البلد الذي يتعدد فيها نوع الدينار المتداول اذا بيع فيه شيء بكـذا دينار ولم يبين نوع الدينار يكون البيع فاسداً .

هذا صحيح والفساد جاء من جهة الجهالة ولكن يناقضه حكمهم في المادة اللاحقه (٢٤١) اذا جرى البيع بعدد معلوم من القروش كان للمشتري ان يؤدي الثمن من اي نوع شاء الخ . . . اذ لا فرق في ذلك بين القروش والدنانير اذا كانت انواع كل منهما رائجة غير ممنوع تداولها سواء كانت متحدة القيمة ام لا .

(مادة : ٢٤٢) اذا بين وصف الثمن وقت البيع لزم المشتري ان يؤدي الثمن من نوع النقود التي وصفها . مثلا ـ لو عقد البيع على ذهب مجيدي او انكليزي الخ لزم ان يؤدي من النوع الذى وصفه .

هذا ايضاً صحيح ومن الغريب ما في مادة « ٢٤٣ » لا يتعين الثمن بالتعيين في العقـد مثلا ـ لو ادى المشترى للبائع ذهبـاً مجيدياً في يده ثم اشترى بذلك الثمن شيئاً لا يجبر على اداء ذلك الذهب بعينه بل له ان

يعطي ذهباً مجيدياً من ذلك النوع غير الذي اراد اياه .

اذا كان البيع من حيث الثمن شخصياً فلا اشكال في انه يتعين واذا لم يدفعه بعينه كان للبائع الفسخ ، نعم لو كان كلياً فله ان يدفع اي فرد شاء من ذلك النوع ولا يتعين الذي كان في يده ، ومن هنا يعرف الحال في مادة « ٢٤٤ » فان البيع ان كان شخصياً تعين ما شخصه من الليرات مثلا او ابعاضها وان كان كلياً كان له دفع الابعاض الا ان تنقص قيمتها عن الكل مثلا - اذ اشترى بخمسة دنانير فله ان يدفع عشرين ربع دينار الا ان يكون قيمتها اقل من خمسة دنانير مجتمعة كما يتفق ان المفرط مبذول والمجتمع عزيز وهو يختلف باختلاف الازمان والبلدان وغيرها ، فليلاحظ .

الفصل الثاني

في بيان المسائل المتعلقة بالبيع بالنسيئة والتأجيل

قد سبق ان اطلاق العقد يقتضي كون الثمن نقداً وهذا هو الاصل في العوضين كما في مادة (٢٥١) وكان حقها ان تتقدم الا ان يقيد او يكون عرف يقتضي التأجيل كما في تلك المادة ثم ان جعل المثمن مؤجلا فهو السلم وان جعل التأجيل في الثمن فهو النسيئة كما في مادة (٢٤٥) البيع مع تأجيل الثمن وتقسيطه صحيح ويجري هذا في الكلي وفي الاعيان فيجوز ان يجعل الثمن عيناً من النقود اوغيرها ويشترط تأجيل دفعها الى سنة اواقل او اكثر ويلزم في النسيئة تعيين المدة

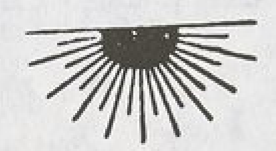
وضبطها بالاشهر اوالسنين كما في قوله تعالى (الى اجـل مسمى) فاذا جعله لمدة غير معلومة كمجيء الحاج اوهبوط الامطار اونحو ذالك بطل البيع من اصله لبطلان ركنه وهو الثمن ومنه يعلم مادة « ٢٤٧و٢٤٨ » ومن الجهالة المفسدة ان يشترط المشتري دفع الثمن للبائع اذا باع مااشتراه من الغير .

(مادة : ٢٤٩) اذا باع نسيئة بدون مدة تنصرف المـدة الى شهر واحد فقط

يصح هذا ان كان هناك عرف خاص في بلد المتبايعين بحيث ينصرف الاطلاق اليه والافهو ممنوع اشد المنع ولا فرق بين الشهر واليوم والسنة فيكون باطلا .

(مادة : ٢٥٠) يعتبر ابتداء مدة التأجيل والتقسيط المذكورين في عقد البيع من وقت التسليم المبيع فلو حبسه البائع سنة اعتبر اول السنة التي هي الاجل من يوم تسليم وللبائع حينئذ ان يطالبه بالثمن الى مضي سنة من وقت التسليم اوسنتين من حين العقد .

هذا محل منع بل مقتضى القاعدة اعتبار الابتداء من حين العقد سيما مع اشتراط تأجيل تسليم المبيع او التماهل في قبضه من المشتري الا ان يكون عرف خاص هناك ، فليتدبر .



الباب الرابع

في بيان المسائل المتعلقة في الثمن والمثمن

بعد العقد ويشتمل على فصلين

الفصل الاول

في بيان حق تصرف البائع والمشتري

بالمبيع بعد العقد وقبل القبض

(مادة : ٢٥٢) البائع له ان يتصرف بثمن المبيع قبل القبض مثلا لو باع ماله من آخر بثمن معلوم له ان يحيل بثمنه دائنه .

الثمن اما ان يكون كليا في الذمة او يكون عينا شخصية فان كان كليا جاز ان يتصرف البائع به قبل قبضه وتعينه بان يبيعه او يهبه من المشتري اوغيره غايته ان هبته للمشتري اسقاط وله ان يحيل دائنه عليه فيصير المشتري مشغول الذمة لدائن البائع ولا يعقل هنا التلف قبل القبض اما لو كان عينا شخصية فان تلفت قبل القبض كان التلف على المشتري كما عرفت سابقا وينحل العقد كما في تلف المبيع قبل القبض ومع وجودها فللبائع ان يتصرف بها كيف شاء قبل القبض وبعده لأنه قد ملكه بالعقد ولا تتوقف ملكيته على قبضه .

نعم هي ملكية متزلزلة ولكنها لا تمنع من التصرف وبالتصرف تكون مستقرة ولازمة كلزومها بالقبض .

(مادة : ٢٥٣) للمشتري ان يبيع المبيع لآخر قبل قبضه ان كان عقارا والا فلا .

لا فرق عندنا في صحة تصرفات المشتري في المبيع قبل القبض بين ان يكون عقاراً اوغيره كما عرفت من تحقق الملكية بمجرد تمامية العقد وهي كافية لصحة التصرف واقصى ما يتصور في الفرق بين العقار وغيره ان العقار لا يعرضه التلف قبل القبض غالباً فتكون الملكية مستقرة بخلاف غيره ولكنك خبير ان هذا على فرض تسليمه لا يمنع من التصرف لان مصحح التصرف هو مطلق الملكية لا الملكية المطلقة وهو واضح .

نعم قد تقدم في بعض المواد ان الطعام بل مطلق المكيل والموزون ورد النهي عن بيعه قبل قبضه وعمل اكثر اصحابنا بذلك واختلفوا بين قائل بالتحريم فقط وبين قائل بالفساد ايضاً ، وهذا امر تعبدي والقواعد لا تقتضيه ، فليتدبر .

الفصل الثانى

(مادة : ٢٥٤) للبائع أن يزيد مقدار المبيع بعد العقد فالمشتري اذا قبل في مجلس البيع الزيادة كان له حق المطالبة بتلك الزيادة ولا تفيد ندامة البائع فلو اشترى عشرين بطيخة بعشرين قرشاً ثم بعد العقد قال البائع اعطيك خمساً اخرى وقبل المشتري هذه الزيادة في المجلس اخذ خمساً وعشرين بطيخة بعشرين قرشاً ، اما لو قبل بعد المجلس فلا يجبر البائع على اعطاء الزيادة .

هذا حكم كيفي وقول خرافي لا ينطبق على شيء من الاصول والقواعد فان العقد اذا تم ووقع على صورة فقد انتهى كل شيء وليست الزيادة الخارجة عن العقد الا وعد مستقل له ان يفي به وله ان لا يفي ، نعم حيث انهما ماداما في مجلس العقد لهما خيار المجلس فيمكنهما حل العقد الأول وايقاعه جديداً بصيغة أخرى على الخمسة وعشرين فيجب الوفاء به ولكنه خلاف الفرض فليتدبر ومثله الكلام بعينه في مادة « ٢٥٥ » من انه للمشتري زيادة الثمن وانه ملزوم بها وان وقع العقد على اقل منها ، والجميع جزاف فافهم ذلك .

(مادة : ٢٥٦) حط البائع مقداراً من الثمن المسمى بعد العقد صحيح ومعتبر في موضع جازت فيه الزيادة الخ .

جميع هذه المواد من هذه المادة الى آخر هذا الفصل مادة (٢٦١) لا مجال لها عندنا معشر الامامية اصلا والعقد يلزم على ما وقع عليه من مقدار الثمن والمثمن لا يزيد بعد العقد ولا ينقص سواء حصل التقابض بينهما ام لا ، وليس الحط من الثمن بعد العقد او الزيادة فيه او في المثمن الا هبة للزائد او اسقاط من الثمن المسمى اي ابراء وهكذا ، اما العقد الواقع الجامع للشرايط فلا يتغير ولا يتبدل عما وقع عليه ولا يحول ولا يزول ، نعم يمكن ازالته بالفسخ من جهة خيار المجلس او غيره من انواع الخيارات ويعقدون عقداً آخر على الزائد او الناقص ، وليس البيع بعد وقوعه يبقى كيفياً يتلاعب المتبايعان به كيفما ارادا بل هو امر الزامي وتعهد دائمي ، وعليه فقد سقط البحث في جميع تلك المواد المبنية على هذا

الاساس المتلاشي فتدبره جيدا .

ويترتب على ماذكرناه من ان دفع الزيادة فى الثمن أو المثمن يكون هبة ابتدائية ان له الرجوع فيها في المجلس وبعده قبل القبض وبعده الا ان يكون هناك احد الملزمات للهبة المعروفة ، اما حط بعض الثمن او كله فقد عرفت انه اسقاط وابراء وانما يتحقق هذا حيث يكون الثمن كلياً فى الذمة اما لو كان عيناً خارجية فلا معنى للحط أصلا ،ولعل الى بعض هذا تشير مادة (٢٦٠) فتأملها جيداً .



(الباب السادس)

في بيان المسائل المتعلقة بالتسليم والتسلم

وفيه ستة فصول

الفصل الاول

في حقيقة التسليم والتسلم وكيفيتهما .

(مادة : ٢٦٢) القبض ليس بشرط في البيع

قد مر عليك ان العقد هو الايجاب والقبول واذا حصلا بالشرائط المعتبرة فقد صار المبيع للمشتري والثمن للبائع فيجب على كل منهما ان يدفع الى الآخر المال الذي انتقل اليه فالقبض والاقباض اي التسليم والتسلم من آثار العقد وثمراته لامن اركانه ومقوماته الا في موارد مخصوصة للدليل الخاص كبيع الصرف بالنسبة الى النقدين وبيع السلم بالنسبة الى الثمن والهبة فان القبض فى هذه الموارد ركن لاتحصل الملكية الا به بخلاف سائر انواع البيوع فانها تحصل بالعقد ويكون المبيع فى يد البائع كأمانة يجب دفعها الى صاحبها وهكذا الثمن عند المشتري ، وقد سبقت الأشارة الى انه ليس احدهما اولى بالمبادرة بالدفع من الآخر فان تبرع احدهما اوسبق وجب على الآخر الدفع وان تشاحا اجبرهما الحاكم على التقابض وتوهم بعض انه يجب على المشتري متى تم العقد ان يسلم الثمن الى البائع اولا ثم يسلم البائع المبيع اليه كما نصت عليه (المجلة)

هنا ، وبعضهم عكس فاوجب على البائع تسليم المبيع حتى يستحق قبض الثمن ، والحق ماعرفت من عدم ترجيح احدهما على الآخر بعد حصول الملكية لكل منهما دفعة واحدة ولكل من الوجهين اعتبارات ظاهرة ولكنها غير معتبرة كما لايخفى على المتدبر .

(مادة : ٢٦٣) تسليم المبيع يحصل بالتخلية وهو ان يأذن البائع للمشترى بقبض المبيع مع عدم وجود مانع من تسلم المشترى اياه .

هذه المسئلة (اعني مسئلة القبض) من مهمات مسائل البيوع أو امهاتها وقد شاع في كلمات فقهاء الفريقين ان القبض هو التخلية وهو من الغرابة بمكان فان التخلية سواء من البائع للمبيع اومن المشترى للثمن غير القبض فكيف يفسر عمل شخص بفعل الآخر فتخليته البايع مبيعه غير قبضه للثمن وقبض المشتري غير تخلية بين البايع وبين الثمن ثم ان التخلية اشبه بامر عدمي فانها عبارة عن عدم المنع اوعدم المانع فكيف يكون تفسيراً للقبض الذى هو امر وجودى وهو التسلم والتسليم

و « الحاصل » ان كلام الفقهاء في التخلية مشوش لايكاد يتضح وجهه وقد جرت (المجلة) على هذا المجرى من غير امعان وتمحيص ، وتحقيق المقام ان كلامن البائع والمشتري يلزمه قبض واقباض (اي يلزم البائع تسليم المبيع وتسلم الثمن ، ويلزم المشتري تسليم الثمن وتسلم المبيع) حيث لا يكون كل منهما مقبوضاً او بحكم المقبوض كما في الدين ونحوه ، ولكن القبض والاقباض وان شئت فقل التسليم والتسلم من كل منهما يختلف باختلاف ما يقع عليه البيع فقد يتحقق الاقباض بالتخلية والاذن فقط وقد

لا يتحقق الا بوضعه في يده اوفي صندوقه كما ان القبض قد يحصل بصرف علمه بالتخلية وقد لا يحصل الا باخذه بيده وبين هذين الحدين انواع واشكال يتحقق بها القبض والاقباض وتندرج انواع القبض تحت عنوان واحد وهو الاستيلاء على الشيء والسلطنة عليه كما يجمع جميع انواع الاقباض التسليط والتمكين فقد يتحقق التسليط بصرف التخلية وقد يحتاج معها الى شيء آخر، ولما اختلفت الانواع المحققة للقبض والمحققة للاقباض اختلفت تعبيرات الفقهاء وكل واحد نظر الى جهة وناحية فعبر بها حتى بلغت الاقوال في بيان القبض حسبما ذكره بعض اعلامنا المتأخرين على ما بخطره الى ثمانية وعند التحقيق فهي من باب اشتباه المصداق بالمفهوم ولكل من القبض والأقباض مفهوم انما الاختلاف والتعدد في محققاته ومصاديقه المختلفة فاقباض اراضي الزراعة هو تخليتها واعلام المشترى بتفريغها وهذا محقق لاقباضها وتسليط البائع كما ان علم المشتري وسكونه محقق لتسلمها وقبضها سواء تصرف فيها ببعض انواع التصرف ام لا ولكن هذا المقدار لا يكفي في مثل الدار اوالدكان والخان بل والبستان حتى يدفع اليه المفتاح مثلا كما ان علم المشتري بتفريغها لا يكفي في تسلمه وقبضه حتى يأخذ المفتاح او يتصرف بنحو من التصرفات وهكذا الى ان يصل الأمر في مثل الامتعة والدراهم والدنانير التي لا يكفي في اقباضها رفع اليد عنها بل لا بد من وضعها بين يدى المشترى، وتسلمه لها ان يقبضها بيده او يضعها في جيبه ونحو ذلك كما ان الدابة اقباضها دفع زمامها وتسلمها اخذ الزمام اوالركوب اوسوقها امامه اواخذ اذنها وامثال ذلك، وهكذا الكلام

في المكيل والموزون ولكن ثبت بالادلة الخاصة ان كيل الطعام قبض يعني ان المشتري اذا قال للبائع كل لي وزنة حنطة فكالها كان ذلك بمنزلة قبض المشتري فلو تلف بعد الكيل كان تلفها عليه لا على البائع ولولا الأدلة الخاصة لم نقل بانه قبض بل قبض الطعام والمتاع عرفاً هو نقله وحمله من مكان البائع الى مكان آخر يختاره المشترى وعلى كل فالقبض الذي يترتب عليه ذلك الأثر المهم وهو براءة البائع من الضمان هو عبارة عن التسلم والاستيلاء الذي هو فعل المشتري لا التخلية التي هي من فعل البائع .

و « المراد » من القبض هنا هو القبض العرفي لا اللغوي الذي هو الامساك باليد وليس للشارع فيه اصطلاح خاص قطعاً فما هو الا القبض العرفي الذي قد عرفت جوهر معناه وجامع افراده ، نعم يبقى الاشكال فى موارد الشك في تحقق القبض ولاريب ان الحكم هو عدم ترتب آثار القبض بمقتضى الاستصحاب ، مثلاً — اذا اشترى مايعاً من دهن ونحوه واخذ البايع يصبه في وعاء المشتري فاتفق ان عرض للاناء ثقب في اسفله وصار الدهن يسيل في الاوض من غير علم ولا تفريط ففي مثل هذا يقع الشك في تحقق القبض وعدمه نظراً الى ان صبه في اناء المشترى تسليم فلا ضمان عليه اوان استيلاء المشترى لم يحصل بعد فهو تلف قبل القبض فيكون على البايع ، ومثله لوقال بايع الدابة للمشترى : خذها ، وارسل الزمام من يده وقبل ان يأخذها المشترى اوير كبها شردت اوماتت ، واقصى مبالغ الدقة في هذه

الفروع والفروض ان يقال : ان براءة البائع من الضمان هل هي منوطة بتسليمه فقط او بتسليمه وتسلم المشتري ايضاً اوان تسلم المشتري يحصل بمجرد تسليط البايع وتمكينه او يحتاج الى عناية منه بتصرف اواستيلاء اونحوه وحل هذه العقدة وان كان لايخلو من صعوبة ويحتاج الى مزيد تتبع واستقراء للنصوص وكلمات الاصحاب ولكن من البعيد جداً اناطة ضمان شخص وعدمه بعمل شخص آخر وعدمه فتدبر ذلك .

اما قبض البعض فلا ريب في انه يترتب عليه حكمه فاذا تلف الباقي في يد البايع كان عليه ضمانه ويثبت بعده خيار تبعيض الصفقة وجميع مواد هذا الفصل تعود واضحة بعد البيان المتقدم ، نعم المادة الاخيرة (٢٧٧) قبض المشترى المبيع بدون اذن البايع قبل اداء الثمن لايكون معتبراً الا ان المشتري لوقبض بدون الاذن و هلك في يده او تعيب يكون القبض معتبراً ،

فيها اجمال وتعقيد يخل بالغرض المقصود ، وتحريرها _ أنه لما كان من المعلوم ان الغرض من تسليم البائع المبيع هو حصوله في يد المشتري ولذا لو كان في يده قبل البيع بعارية اووديعة سقط وجوب التسليم فكذا لوقبضه المشتري بدون اذن البائع وتسليمه فقد حصل الغرض المهم من التسليم وهو الحصول في يد المشترى وسقط الضمان عن البائع وصار تلفه على المشتري فقد صار هذا القبض معتبراً من هذه الناحية (اي ناحية سقوط الضمان) ، ثم ان هذا القبض العارى عن الاذن ان كان بعد دفع الثمن الى البائع فهو قبض معتبر من جميع الجهات وجميع

تصرفات المشتري فيه تكون صحيحة نافذة ، اما لو كان قبل دفع الثمن فالقبض المزبور وان كان معتبراً من حيث اسقاط الضمان ولكنه غير معتبر من حيث نفوذ تصرفات المشتري فيه فلو باع او رهن اووهب وقف على اجازة البائع لأن له حق حبسه الى ان يقبض الثمن فيكون تصرفات المشتري موقوفة لانها وقعت على متعلق حق الغير فهي اشبه بالفضولي وبيع الراهن للعين المرهونة وان لم تكن منه .

هكذا ينبغي ان تحرر المسائل ولله المنة وحده.

الفصل الثاني

في المواد المتعلقة بحبس المبيع

خلاصة هذا الفصل قد تقدمت في الابواب السابقة حيث اوضحنا ان المشترى له ان يحبس الثمن حتى يقبض المبيع وللبائع ان يحبس المبيع حتى يقبض الثمن فان تبرع احدهما فبادر الى التسليم وجب على الاخر الدفع وسقط حق الحبس وان تشاحا اجبرهما الحاكم على التقابض ، وحق الحبس طبعاً انما هو في غير بيع النسيئة بالنسبة الى الثمن وفي غير بيع السلف بالنسبة الى المثمن وفي غير الموارد التي يكون الثمن مقبوضاً للبائع اوالمبيع مقبوضاً للمشتري واذا بادر احدهما بالتسليم فان دفع الثاني فذاك والافله استرجاع ما دفع لان حق حبسه لم يسقط بالكلية بل سقوطه مراعى بدفع الاخر فاذا لم يدفع كان له الاسترداد الااذا صرح باسقاطه مطلقا

وبهذا تظهر الخدشة في مادة (٢٨١) اذا سلم البايع المبيع قبل قبض الثمن فقد اسقط حق حبسه وليس للبائع ان يسترد المبيع من المشتري ، و باقي المواد واضحة .

الفصل الثالث

في حق مكان التسليم

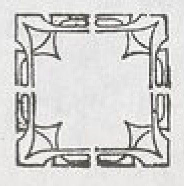
تحرير هذا الفصل ان المتبايعين ان علم كل منهما ان المبيع الشخصي في محل غير بلد العقد واطلقا البيع فالاطلاق يقتضي تسليمه في محل المبيع الا ان تكون هناك قرينة او عرف خاص يقتضي خلاف ذلك ، وان جهل كل منهما ذلك اوجهل المشتري فاطلاق العقد يقتضي تسليمه في بلد العقد كما لو كان كلياً والا كان للمشتري الخيار فيهما ، هذا كله مع الاطلاق والا فالشرط هو المتبع وما ذكرناه هو حاصل المواد الثلاث (٢٨٥، ٢٨٦، ٢٨٧) ومن الغريب هنا الذي لا يعرف وجهه ماقله بعض الشراح عن بعضهم من أنه - اذا باع البائع الحنطة وهي في ارضه واشترط تسليمها في مكان معين صح البيع ولزمه تسليمها حيث شرط الا اذا اشترط حملها ونقلها الى دار المشتري فان ذلك يفسد البيع انتهى .

اما الثمن فان كان كلياً واطلق فحقه التسليم في بلد العقد وان كان شخصياً فمثل ماتقدم في المبيع الشخصي ويكون الخيار للبائع مع جهله ، فتدبره .

الفصل الرابع

في مؤنة التسليم ولوازم اتمامه

ليس في هذه الناحية من البيوع قاعدة مطردة يمكن الاعتماد عليها بقول مطلق وايكال ذلك الى عرف البلد في غير موارد الشرط اتقن واحسن كما في مادة (٢٩١) وحيث يكون هنالك عرف خاص اوعام اوشرط فلا اشكال انما الاشكال حيث لا يكون هناك شيء من تلك الامور التي يصلح الاعتماد عليها وتشاحا فيمكن ان يجعل المناط ان كلما يتعلق بالمبيع فهو على البائع وكلما يتعلق بالثمن فهو على المشتري واحسن من ذلك ان يجعل المدار على المصلحة والمنفعة فان كانت للبائع فمصارفه عليه وان كانت للمشتري فعليه ويعرف صاحب المصلحة بطلبها وان كانت لهما فعليهما ولعل منه ماشاع في هذه العصور من ان اجرة كتابة الاوراق والسجلات والطوابع بل وتسجيل البيع في (الطابو) كله على المشتري لانه لمصلحته واتقان ملكيته وهذه الضابطة وان لم تكن مطردة كلية فلا اشكال في انها توافق الغالب ولا يشذ منها الا النادر .



الفصل الخامس

في بيان المواد المترتبة على هلاك المبيع

تكرر ذكر هذا الحكم المستفاد من النبوي (كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه) وقد مرت الاشارة اليه قريباً في مادة (٢٧٧) وقد ذكرنا في الجزء الأول معنى هذه القضية وتطبيقها على القواعد وان التلف يكشف عن انفساخ العقد فهرآحنى برجع المبيع قبل التلف الى ملك البائع ويكون تلفه منه ومثله تلف الثمن والقاعدة الكلية هنا هكـذا ـ كل مال تلف في يد مالكه قبل العقد فهو عليه كما ان تلفه بيد من ملكه بالعقد يكون عليه .

(مادة : ٢٩٥) اذاقبض المشترى المبيع برضاءالبائع ثم مات مفلساً قبل اداءه الثمن ليس للبائع استرداد المبيع بل يكون مثل الغرماء

اتفقت الامامية ان المفلس الذى لا تفي امواله بديونه وحكم الحاكم بمنعه من التصرف في امواله ليقسمها على الغرماء بالنسبة فتوزع امواله بالحصص الا الغريم الذي يجد عين ماله فانه يأخذها عيناً ولا يضرب مع الغرماء وهذا وان كان مخالفاً للقواعد ولكن النصوص والفتاوى متطابقة عليه ويكون لازم ذلك انفساخ العقد كقضية التلف قبل القبض ، اما اذامات الرجل و كانت تركته لا تفي بديونه ووجد بعض الغرماء عين ماله فانه لاحق له باخذها بل يضرب مع الغرماء ، نعم لو كانت امواله تفي بديونه

فله اخذ عين ماله اذا اراد ، و منشأ الفرق هو النصوص الخاصة عندنا وعبارة (المجلة) مطلقة والحق هوالتفصيل كما ذكرناه .

الفصل السادس

فيما يتعلق بسوم الشراء وسوم النظر

هذه القضية ليست من مسائل البيوع ولكنها من هوامش البيع ورتوشه وهي مسئلة مهمة وتعرف عندنا بمسئلة « المقبوض بالسوم » وحاصل ماافادته (المجلة) ان المقبوض بالسوم (اي ماقبضه انسان من المالك لينظر فيه) فاما ان يشتريه بالثمن الذى اتفقا عليه اويرده فلو اتفق انه انه تلف في يد القابض فانه مضمون عليه لا بالثمن الذى اتفقا عليه لعدم وقوع العقد حسب الفرض بل بالمثل ان كان مثلياً وبالقيمة ان كان قيمياً ، ولا فرق عندنا في الضمان بين ان يعينا قيمته ام لا فما ذكرته (المجلة) بقولها (اما اذا اخذه بدون ان يبين ويسمي له ثمناً كان ذلك المال امانة في يد المشتري فلا يضمن اذا هلك اوضاع بلا تعد مثلاً — لو قال البائع للمشتري ثمن هذه الدابة الف قرش اذهب بها فان اعجبتك اشترها فاخذها ليشتريها فهلكت لزمه قيمتها للبائع ، اما اذا لم يبين الثمن بل قال خذها فان اعجبتك اشترها فاخذها على انه اذا اعجبته يقاوله ويشتريها فبهذه الصورة اذا هلكت بلا تعد لا يضمن) لا وجه له على التحقيق لوحدة ملاك الضمان وهو قاعدة اليد ومن الوهم الزائف تخيل انها في الصورة الثانية

امانة فان البائع لم يقصد دفعها له بصفة الامانة والوديعة ، وقد سبق اول قواعد [المجلة] - ان الامور بمقاصدها - والقصارى ان كل انسان قبض مال غيره ليشتري به سواء اتفقا على قيمته ام لا فهو مقبوض بالسوم ومضمون على القابض بقاعدة اليد ، فتدبره جيداً .

نعم لو برء القابض الذي يريد النظر للشراء من عهدة الضمان ورضى المالك فلا ضمان لو تلف بغير تعد لان المالك قد اسقط حقه ولكنه مبني على صحة اسقاط ما لم يجب كصحة ضمانه وهو محل بحث ونظر وان كان الاصح عندنا صحته ومما ذكرنا يظهر البحث في مادة (٢٩٩) ما يقبض على سوم النظر وهو ان يقبض مالا لينظر اليه او يريه لآخر سواء بين ثمنه ام لا فيكون امانة في يد القابض فلا يضمن اذا هلك بلا تعد

فان المقبوض على سوم النظر ان قبضه لينظر فيه ليشتري به فهو من المقبوض بالسوم يضمنه مطلقا اذا تلف لانه قبض معاوضة اي مبني على التعاوض وان قبضه لا للشراء فلا ضمانه لانه امانة وكذا قبض الدلال والسمسار لانه وكيل او شبهه فلا ضمان مع عدم التعدي .



(الباب السادس)

في الخيارات

أعلم ان ابواب الخيار من اهم مباحث البيوع وهي المضمار الذي يتسابق فيه فرسان الفقاهة ومهرة التحقيق ، وكثير من أعلام الامامية افرد لها كتباً مستقلة فى التأليف ، ذاك لأن فيها المجال الواسع للدقة ، وعمق النظر ، وبراعة الصناعة والتحقيق ، حيث انها تبتني على مزيج من الادلة من عقل ونقل ، وعرف وتقاليد ، يعني . شرع واعتبار وعادة وعلماء الشرع رضوان الله عليهم منا ومن الجمهور فى تعداد انواع الخيارات بين مقل ومكثر ، بين من ذكر ثلاثة وبين من زادها على عشرين ، والمتوسطون بين من ذكر سبعة كما في (شرائع المحقق) وبين من اقتصر على سبعة كالشهيد الأول فى (اللمعة الدمشقية) و « المجلة » اقتصرت ايضاً على سبعة ، وحيث ان الاصل والقاعدة في البيع بل في عامة العقود عدا ماخرج بالنص القاطع هو اللزوم وعدم جواز فسخ العقد بعد وقوعه صحيحاً مستجمعاً بشرائطه ، ولكن احاطة علم الشارع الحكيم ورعاية الشريعة لدقائق الحكمة اقتضت تشريع الخيار في العقود اللازمة قلعاً لمواد الفتنة بين البشر وقطعاً لامراس الشجار والخصومات فيما بينهم فان الانسان قد تدعوه خاطرة الى بيع ماله فيجري العقد عليه باختياره ثم يندم فيتطلب العلل والتخرجات من مضايقة العقد فقد يحدث النزاع والشجار بين المتعاقدين فشرع الخيار لقطع مادة هذا الشجار ، وافساحاً

لمجال التروي والتفكير فيما هو الصالح . ولكن تداركا لذلك ولكي لا تذهب مكانة العقد ، وتسقط قيمته بالتلاعب ، حسب الخواطر والاهواء جعل الخيار مقيداً بقيود ، ومحدوداً بحدود ، لئلا يقع الاشتمار والفوضى وتنعكس الآية ، وتنقلب الحكمة .

ومما لا خفاء فيه ان تعدد انواع الخيار ، واختلاف اسمائه ، وتغاير نسبه واضافاته ، انما هو لاختلاف اسبابه ، والبواعث التي قضت بجعله بعد ان كان هو خلاف الاصل والعمومات كما عرفت .

والاسباب كثيرة ولكن يجمعها على التحقيق ثلاثة انواع فان موجب الخيار اما الامر يعود الى احد العوضين كنقص ونحوه ، وذلك كخيار العيب والغبن والرؤية والتأخير ونحوها واما لامر يعود الى العقد من حيث حدوثه ، واصل وجوده ، وهو اما ان يكون بجعل الشارع كخيار المجلس وخيار الحيوان ، واما ان يكون بجعل المتعاقدين او احدهما كخيار الشرط او شرط الخيار . وبعبارة اوجز ان الخيار اما ان يكون شرعياً اوطبيعياً اووضعياً فالاول كخيار المجلس والحيوان ، والثاني كخيار العيب والغبن ونحوهما فان طبيعة العقد تقتضيه والثالث ما يكون بوضع المتعاقدين وجعلهما كخيار الشرط اوشرط الخيار ، ثم الخيارات بجميع انواعها اما ان يكون الخيار فيها لكل واحد منهما اولواحد منهما او لغيرهما منفرداً عنهما او معهما اومع احدهما كما يجوز ان يكون الغير جماعة اوفرداً مجموعين او متفرقين على نحو الاختيار اوالخيار اوالاستيمار ، ولكل واحد من هذه الانحاء احكام شخصية واثار ربما يأتي التنبيه عليها في مواردها انشاء الله

الخيار

الخيار اسم مصدر من الاختيار، واصل المادة الخير وان اندك لحاظه في اكثر مشتقاتها وهو - لغة وعرفاً - معنى يرجع الى حرية الارادة وعدم الملزم باحد طرفي الفعل والترك وان من له الخيار له الاخذ بخير الامرين من الفسخ والامضاء، و - شرعا - سلطنة على فسخ العقد، واثره رجوع كل مال الى صاحبه في باب المعاوضات وما يتاخمه في غيرها - او حق استرداد العين واثره انحلال العقد ورجوع كل مال الى صاحبه وتظهر الثمرة بين الاعتبارين في مواضع: منها صورة تلف العين فعلى الأول يبقى الخيار لانه حق في العقد واثره حينئذ يظهر بدفع المثل او القيمة وعلى الثاني يزول لزوال موضوعه، ولذا قد يعد التلف من مسقطات الخيار عند بعض كما يسقط حق الرجوع بالهبة عند الجميع.

و «الخيار» حق مالي يصح نقله وانتقاله كما يصح اسقاطه والمصالحة عليه كعامة الحقوق المالية. وهذا هو حكمه العام الذي يلحقه من حيث كونه خياراً، كما ان لكل واحد من انواعه احكاما تخصه من حيث خصوصيته مثل كونه خيار مجلس او خيار حيوان اوغير ذلك.

وحيث ان خيار المجلس مقدم طبعاً على سائر الخيارات المجعولة شرعا فالانسب تقديمه وضعاً فنقول قد عرفت ان مستند

﴿ خيار المجلس ﴾

هو الحديث المستفيض عند عامة المسلمين

(البيعان بالخيار ما لم يفترقا) وهو وغيره من احاديثنا الخاصة مستند القول بخيار المجلس عند فقهائنا اجماعا اما فقهاء المذاهب فقد انشطروا في هذه القضية شطرين فانكرته الحنفية والمالكية وتأول الاولون الحديث تأويلا - الطرح خير منه كاجتهاد في مقابل النص حيث قالوا على مانقل عنهم : خيار المجلس لا يثبت الا بالشرط فاذا تم العقد بينهما من غير شرط الخيار اصبح لازما سواء اقاما بالمجلس او تفرقا وانما الذي للعاقد في المجلس بدون شرط هو خيار القول فاذا قال البايع بعتك فله ان يرجع قبل ان يجيبه المشتري انتهى ويحملون الحديث تارة على ان له خيار المجلس بالشرط واخرى على ان له الرجوع قبل الايجاب . وهذا من الغرابة بمكان فان الحديث يقول البيعان بالخيار لا البايع فقط ثم ما معنى اقحام التفرق وتعليق الخيار عليه و « بالجملة » فصراحة الحديث ووضوح معناه كاف في ردهم .

اما « المالكية » فقد اعترفوا بان الحديث صحيح بل وصريح ولكنهم قالوا ان عمل اهل المدينة على خلافه وعملهم مقدم على الحديث وان كان صحيحا

وهذا شيء لانعرفه ولاندري كيف عمل اهل المدينة يطرح الحديث او ينسخه وعهدة ذلك عليهم ، وقدزادوا على الحنفية حيث افسدوا العقد

مع شرط الخيار في المجلس والحنفية اجازوه اما « الشافعية والحنابلة » فقد عملوا بالحديث واثبتوا لكل من المتبايعين بعد تمامية العقد خيارا في المجلس الى ان يفترقا بالابدان فاذا افترقا وجب البيع كما في ذيل الحديث على ما في بعض الروايات وافرط الشوافع في ثبوت هذا الخيار فقالوا لو اشترط عدمه بطل الشرط والعقد لانه من مقتضيات العقد وكل شرط ينافي مقتضى العقد باطل ومبطل واعتدلت الحنابلة كالامامية وقالوا انه يسقط باشتراط سقوطه فلو قال بعتك بشرط ان لا خيار لاحدنا في المجلس فقال قبلت صح العقد والشرط ودعوى كونه منافيا لمقتضى العقد ممنوعة وانما هو مناف لاطلاقه كما سبق تحقيق ذلك في الجزء الاول وهذا اعني شرط عدمه احد مسقطات خيار المجلس عندنا وعند الحنابلة كما ان التفرق هو المسقط الثاني والتصرف هو المسقط الثالث عندنا وعند الشافعية والحنابلة والتلف عند بعض هو الرابع ثم ان الشافعية قصروا هذا الخيار على عقود المعاوضات بشرط ان يكون العقد مما يفسد بفساد احد العوضين كالبيع والاجارة لا كالنكاح الذي لا يفسد بفساد المهر وان يكون على عين لازمة فيخرج الاجارة وان لا يكون التملك قهريا فيخرج الشفعة فينحصر مورده بالبيع المطلق والسلم والهبة المعوضة والصلح في بعض انواعه.

اما عندنا فحيث ان خيار المجلس من المجعولات الشرعية لا تقتضيه طبيعة العقد ولا اشترطه المتعاقدان فيتبع في سعته وضيقه الدليل وهو يقول « البيعان » فيختص بالبيع ولم يقل المتعاوضان ونحوها حتى يعم.

وكما يسقط هذا الخيار بشرط عدمه في متن العقد كذلك يسقط

باسقاطه بعد العقد قبل تفرقهما ولكن المسقط الاعظم لهذا الخيار ـ هو التفرق من المجلس اي مجلس العقد سواء كانا مجتمعين فيه او متفرقين في بناء او صحراء متقاربين او متباعدين فلو تبايعا واحدهما في مصر والآخر في بغداد بالهاتف ونحوه كان لهما الخيار حتى يقوم احدهما او كل منهما من مكانه وكذا لو كان كل واحد منهما على مركوب من دابة او سفينة او سيارة وجرى العقد بينهما فالخيار ثابت لهما حتى يصدق عرفا افتراقهما ولكن العبرة بالتفرق الاختياري لا القهري فلو فرق بينهما ظالم قهرا فان منعهما ايضاً من التخاير لم يسقط خيارهما الى ان يزول القهر عنهما فاما ان يفسخا العقد حينئذ او يمضياه وان لم يمنعهما وتفرقا بدون فسخ لزم العقد وسقط الخيار ولو اخذ احدهما قهراً مع منعه وبقي الآخر في مجلس العقد فهل يبقى خيار كل منهما او يزول خيارهما معا او يبقى خيار المقهور دون الآخر وجوه او اقوال اقربها الاول ولو كان الموجب والقابل واحداً فالمدار لو قلنا بثبوت الخيار وعدم انصراف الدليل عن مثله على قيامه من مجلس العقد، اما لو عقد وهو باق في مكانه فله ان يفسخ ان كان ذا سلطة على العقد والفسخ

هذه نبذة يسيرة من خيار المجلس واحكامه واختلاف الفقهاء فيه ولعلماء الامامية فيه ابحاث طويلة وتحقيقات جليلة، لا مجال لسردها في هذا المختصر

(الخيار الثاني)

خيار الحيوان

ويظهر ان هذا الخيار من مختصات الامامية لم أجدله ذكراً عندفقهاء المذاهب ، وهو أيضاً من المجعولات الشرعية واحاديث أئمة أهل البيت (ع) به مستفيضة مثل رواية علي بن اسباط عن الرضا (ع) الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري وصحيحة ابن يسار قلت له ما الشرط في الحيوان قال ثلاثة أيام للمشتري قلت وما الشرط في غير الحيوان قال البيعان بالخيار مالم يفترقا فاذا افترقا فلاخيار بعد الرضاء ومن هنا ذهب الاكثر الى اختصاص هذا الخيار بالمشتري وتكاد تكون نصاً فيه صحيحة ابن رياب عن رجل اشترى جارية لمن الخيار للمشتري اوللبائع اولهما كليهما قال الخيار لمن أشتري نظرة ثلاثة أيام فاذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء ولكن ذهب جماعة من الاعلام الى ثبوته للبائع والمشتري لصحيحة محمد بن مسلم المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا

ولعل المراد أن المنتقل اليه الحيوان بايعا كان أومشتريا ثمنا أو مثمنا يكون له خيار وبهذا يحصل الجمع بين الاخبار كما في صحيحة أخرى لابن مسلم المتبايعان بالخيار مالم يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام فان التعبير بصاحب الحيوان مشعر بعدم الاختصاص بمشتري الحيوان بل يعم بايع ماله بالحيوان وتكون تلك الاخبار خصت المشتري بالذكر لان

الغالب ان الحيوان مما يشترى لا مما يشترى به

وعلى كل فاصالة اللزوم في العقود تقضي بعدم ثبوت هذا الخيار لبايع الحيوان بغيره والاخبار غير واضحة فيه ان لم تكن واضحة بخلافه وحكمة هذا الجعل والتشريع لا تقتضيه فان الحكمة في هذا الحكم ان خيار المجلس لما كان عادة لا يكفي للاطلاع على خفايا مزايا الحيوان وخصوصيات صفاته فان مشتري الفرس مثلا لا يمكنه الاطلاع عادة على كونها حرونة اوذلولا وصعبة القياد اوسهلة الى كثير من امثال هذا الا باختبارها في ركوبها والغارة عليها ولا يعرف مقدار اكلها وصبرها عن الماء الا بيومين اوثلاث على الاقل فلذلك جعل الشارع في الحيوانات اعم من الانسان كالعبد والجارية اوغيره من انواع الحيوان خيارا زائداً على خيار المجلس افساحا في المجال لكشف الحال وتفصياً عما يوجب الندم وتداركا لما يخشى من التورط وهذا كله انما ياتي في من انتقل اليه الحيوان لا من انتقل عنه ولا يذهب بك الوهم الى ان خيار العيب يغني عن هذا الخيار فان القضية هنا ليست قضية عيوب او نقص في الخلقة بل قضية اوصاف تختلف بها الرغبات حسب اختلاف المشارب والاذواق فرب شخص يرغب في الجارية السريعة الانتباه مثلا ورب اخر يكره ذلك وهكذا والنظائر كثيرة

وقد اختلفوا في ان مبدء هذا الخيار من حين العقد اومن حين التفرق وعلى الاول فلو مضت ثلاثة ايام ولم يفترقا زال خيار الحيوان وبقي خيار المجلس وعلى الثاني لو افترقا بعد ثلاثة ايام كان له ثلاثة اخرى

وعلى الاول يكون قد انتهى الخيار ان وظاهر الادلة قد يلوح منها الاول والاعتبار ادل على الثاني . و يسقط هذا بشرط سقوطه في متن العقد وباسقاطه بعد العقد وبالتصرف الدال على الرضا بالعقد وامضائه لا مطلق التصرف ، والفروع هنا ايضاً كثيرة والمباحث واسعة وفيما ذكرنا مع اختصاره كفاية .

الخيار الثالث

خيار الشرط

وهذا الخيار مما اتفق عليه الفريقان والادلة عليه عموماً وخصوصاً مستفيضة ويكفي من العمومات النبويان (الشرط جائز بين المسلمين) و (المؤمنون عند شروطهم) وامثالها ، وكان حق التعبير ان يعبروا عنه بشرط الخيار لاخيار الشرط لان المراد به هنا ان يشترط الخيار في ضمن عقد البيع او غيره بان يقول : بعتك بشرط ان يكون لي خيار الفسخ الى ثلاثة ايام او شهر مثلا ، فهو عبارة عن اشتراط الخيار ، اما خيار الشرط فهو عبارة عن ان يشترط احد المتعاقدين على الآخر شرطاً فلا يفي به فيكون له خيار تخلف الشرط فلو قال : بعتك بشرط ان تأتيني يوم الجمعة فقبل ولم يأته يوم الجمعة فان للبائع الخيار ان يمضي العقد او يفسخه فحق هذا ان يسمى خيار الشرط اي خيار تخلف الشرط وما نحن فيه (شرط الخيار) و يعبر بعض فقهائنا عن ذلك بخيار الاشتراط ، ومهما كان فالامر في التسمية سهل . والمهم هنا (اولاً) ان

تتذكر مامرت الاشارة اليه سابقاً من ان الخيار في العقد ليس معناه توقف العقد في تأثيره الملكية والنقل على انقضاء زمن الخيار كما قد ينسب الى بعض اعاظم علمائنا وفقا لبعض علماء الجمهور بل المتفق عليه عندنا ان العقد الصحيح اذا وقع انتقل المبيع الى المشتري والثمن الى البائع غايته ان صاحب الخيار له ان يفسخ هذا العقد ويحله فتعود ملكيـة كل مال الى صاحبه وعليه يترتب النماء والمنافع في المدة بين العقد والفسخ فان نماء المبيع تلك المدة الى المشتري ونماء الثمن فيها للبائع ، نعم لو اشترط كل منهما خلاف ذلك وان تكون منافع كل مال لصاحبه الأول فيكون كما لو باعه - مسلوب المنفعة تلك المدة امكن الجزم بالصحة وسيأتي في مادة (٣٠٨) ما ينافي ما ذكرناه من كون العقد التام هـو المؤثر و (ثانياً) ان مدة الخيار يجوز ان تتصل بالعقد فيشترط الخيار له من حين العقد الى سنة ، ويجوز ان تنفصل فيشترطه في شهر بعد سنة من العقد ولا مانع من صيرورة العقد جائزاً بعد لزومه فان الشروط تعمل اكثر من هـذا ، و « ثالثاً » يجوز ان يشترطا الخيار لواحد منهما او لكليهما او لاجنبي معهما اومع احدهما على نحو الاستقلال او الاشتراك او المؤامرة اي يكون الشرط ان له الامر بان يفسخا او يمضيا لا ان يكون له ذلك بنفسه والى بعض هـذا اشارت (المجلة) في مادة (٣٠٠) يجوز ان يشترط الخيار بفسخ البيع او اجازته مدة معلومة لكل من البائع والمشترى او لاحدهما دون الآخر ، واهم ما في هذه المادة هو لزوم كون مدة الخيار معلومة بعدد الايام او الاشهر او السنين فلو لم يعين بطل الخيار

بل ربما يقال ببطلان العقد ايضاً كل ذلك للغرر و بيع الغرر باطل قطعاً

وما يقال من ان الغرر موضوع عرفي ونرى العرف بالوجدان يؤجلون ديونهم و كثيراً من معاملاتهم الى الحصاد وموسم التمر اوالرز او غيرها ولا يعدونه غرراً وتقدم العقلاء على مثله في الكثير من المقامات مدفوع بان المعلوم من مجموع الادلة الشرعية ان الشارع لا يصحح المعاملات التي يدخلها مثل هذه الجهالة ويتطلب المعلومية الحاسمة لكل مواد احتمال التشاح الخصومة وان اقدم عليها العرف تسامحاً منهم ثم يقعون في الخصومة والندامة، بعد ذلك وقد نراهم يتشاحون في اليوم او اليومين فضلا عن الشهر والشهرين في انقضاء الخيار وبقائه و بقاء اجل الدين وانتهائه فهم يتورطون في البدء تسامحاً ويتشاحون في النهاية شحاً وحرصاً والشارع الحكيم لا يرضى بمثل ذلك واحكامه مبتنية على الحكمة التامة ، والمصلحة العامة ، واقدام العقلاء لا يخرجه عن كونه غرراً فانهم قد يقدمون على الغرر استرسالا وتختلف مراتب العقول ولذا العاقل الرصين لا يقدم على مثل ذلك وكم للعقلاء العاديين من هفوات وخطيئات هي مثار الفتن والخصومات ولعل هذا مراد جدنا (كاشف الغطاء) طاب ثراه حيث يقول « دائرة الغرر في الشرع اضيق منها في العرف » والظاهر ان مراده انها اضيق حكماً والا فالشارع لا يجوز اي غرر كان والعرف ما اكثر ما يرتكبون مواضع الغرر ، نعم قد يتسامح الشارع في بعض المواضع التي يتسامح العرف بها ايضاً مثل اختلاف المكاييل والموازين والحبتين والثلاث وامثال ذلك مما لا يكون غالباً مثاراً للخصومة والتشاح

ولا يعتني بنقصه وزيادته الضئيلة عامة الناس فليس المدار على مطلق الجهالة بل الجهالة التي يتطرق منها احتمال الخصومة والجدال والا فان مدة خيار المجلس مجهولة ولم تقدح جهالتها لانها ليست مظنة للتخاصم ويؤيد ماذكرنا من مذاقة الشارع في موارد الجهـالة وتشديده في اعتبار المعلوميـة خبر غياث « لا بأس بالسلم في كيل معلوم الى اجل معلوم لا يسلم الى دياس او الى حصاد » ... مع ان السلم الى الحصاد والدياس هو المتعارف عند عامة الناس لا سيما الجاهلين باحكام الشرع ، ومن هنا يتضح لك عدم الفرق في الحكم بالبطلان بين عدم ذكر مدة اصلا او ذكر مدة غير معينة فيقول : بعتك واشترطت الخيار لي او بذكر مدة ولا يعينها اصلا فيقول اشترطت الخيار لي في مدة او يعينها بصفة مجهولة كمجيء الحاج والحصاد ونحوها ، وذهب جمع من علمائنا الى صحة الصورتين الاوليين وجعل مدة الخيار فيها ثلاثة ايام وادعوا ورود الاخبار بذلك ولم يعثر الباحثون في كتب الحديث والمتخصصون بعلم الدراية والرواية على خبر واحـد فضلا عن الاخبار ولعل اولئك حملوه على خيار الحيوان المقدر في الادلة بثلاثة ايام وهو قياس لا يعملون به سيما مع وضوح الفرق بين المقـامين نعم ورد من غير طرقنا ان حنان بن منقذ كان يخدع في البيع لشجة اصابته في رأسه فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم « اذا بعت او ابتعت فقل لا خلابة وجعل له الخيار ثلاثة ايام » وهو كما ترى ضعيف سنده واضعف من ذلك دلالته فالاصح البطلان في الجميع .

اما المادة التي بعدها مادة (٢٠١) كل من شرط له الخيار في البيع

يصير مخيراً بفسخ البيع او اجازته في المدة المعينة للخيار . فكأنها بيان لصحة جعل الخيار لغيرهما وكان يكفي عنها ان يضم الى المادة المتقدمة لفظة « اولاجنبي » ونحوها ولا حاجة الى عقد مادة مستقلة لها . والخيار المجعول بالشرط للاجنبي تابع لجعلهما في الكم والكيف وسائر الجهات على نحو الاصالة في نفسه او الوكالة عنهما او اصدار الامر عليهما او على احدهما مع اعلامهما او اعلام احدهما بل حتى مع عدم علم كل واحد منهما بحضورهما او حضور احدهما او حضور شخص آخر او اشخاص او عدم حضور احد ، وكما يحصل الفسخ بالقول كما في مادة « ٣٠٢ » يحصل بالفعل ايضاً كما لو باع البائع المبيع اولا لشخص آخر مع قصد الفسخ والا كان لغواً كما في مادة « ٣٠٣ و ٣٠٤ » ولا تمنع الزيادة المتصلة من الفسخ طبيعية كانت كالسمن وطول القامة وقوة البدن او غير طبيعية كالصبغ وغرس الاشجار ونحوها .

نعم لو فسخ البائع مثلا كان للمشتري قلعها او اخذ ثمنها من الفاسخ اما المنفصلة فقد عرفت ان نماء المبيع قبل الفسخ للمشتري ونماء الثمن للبائع واذا اجاز في البعض وفسخ في الآخر كان له خيار تبعض الصفقة .

« مادة : ٣٠٥ » اذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ اولم يجز من له الخيار لزم البيع وتم ، سواء كان عالماً بانقضاء المدة او جاهلا او غافلا وسواء تركه لعذر او لغير عذر حتى لوجن او اغمي عليه وافاق بعد المدة لم يكن له الفسخ لانه حق مقيد بزوال موضوعه .

« مادة : ٣٠٦ » خيار الشرط لا يورث فاذا كان الخيار للبائع ومات في مدته ملك المشتري المبيع واذا كان للمشتري فمات ملكته ورثته بلا خيار .

الظاهر ان هذا قول الحنفية اما عندنا فجميع الخيارات تورث لانها حق مالي فيشمله النص القائل (ما ترك الميت من حق فهو لوارثه) والى هذا ذهبت الشافعية والمالكية اما غيرهم فقد فصلوا فجعلوا الارث لبعض الخيارات دون بعض ولم نجد لهذا التفصيل من دليل غير عليل .

« مادة : ٣٠٧ » اذا شرط الخيار للبائع والمشتري معاً فايهما فسخ في اثناء المدة انفسخ البيع وايهما اجاز سقط خيار المجيز فقط و بقي الخيار للآخر الى انتهاء المدة .

اوضح واوجز من هذا ان يقال : اذا كان الخيار لكل من البائع والمشتري فاجازة احدهما لا تسقط حق الآخر بل له الفسخ الى انتهاء المدة .

« مادة : ٣٠٨ » اذا شرط الخيار للبائع فقط لا يخرج المبيع عن ملكه بل يبقى معدوداً من جملة امواله فاذا تلف المبيع في يد المشتري بعد قبضه فلا يلزمه الثمن المسمى بل يلزم اداء قيمته للبائع يوم قبضه .

هذا الغاء للسبب التام عن تأثيره من دون سبب ولا مانع ، وقد عرفت ان الخيار لا يمنع العقد التام من تأثيره ، غايته انه يحدث الملكية المتزلزلة لا انه لا تأثير له اصلا .

نعم هنا قاعدة اخرى تقدم ذكرها في اوائل (الجزء الأول) وهي

ان التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له ، فلو كان الخيار للبائع فقط وتلف المبيع في يد المشتري فان تلفه يكون على المشتري ، وقد ثبت هذا الحكم على خلاف القواعد بالنص الخاص ولا محيص من حمله على ان التلف يكشف عن تحقق الفسخ القهري قبله فيرجع ملكية المبيع الى البائع ويكون مضموناً على المشتري بمثله اوقيمته ويأخذ منه الذي دفعه وهذا تكلف وتعسف الجأنا توجيه الدليل اليه ، ولعل ارباب « المجلة » تبعاً للحنفية وغيرهم لما وجدوا ان ضمان الشيء للغير لايجتمع مع ملكيته وكيف يمكن كون العين ملكاً لانسان وهو يضمن مثلها او قيمتها لغيره لذلك التزموا في قضية التلف في زمن الخيار ان المبيع مثلا لم ينتقل عن البائع اذا كان له خيار بل هو معدود في امواله ولهذا يضمنه المشتري لو تلف في يده ويدفع للبائع المثل او القيمة ، ولكنهم بهذا التدبير فروا من سيء الى اسوء وهو التزام كون العقد غير مؤثر مع انه عقد جامع للشرايط ، فاقد للموانع بل واسوء من هذا ايضاً هو ان العقد الواحد حينئذ يؤثر من ناحية ولا يؤثر من اخرى ، فان الثمن يخرج من ملك المشتري الذي لا خيار له ويدخل في ملك البائع ولكن المبيع لم يخرج من ملك البائع فوقعوا في ثلاث مخالفات ، عدم تأثير العقد الصحيح ، وتأثيره من جهة دون اخرى ، واجتماع العوض والمعوض في ملك شخص واحد وهو البائع ، فانه ملك الثمن والمثمن ايضاً باق في ملكه او بقاء المال بلا مالك ان قلنا بخروج الثمن من ملك المشتري الذي لا خيار له وعدم دخوله في ملك البايع كما قال به بعض فقهائهم خلافاً لصريح (المجلة)

وعلى كل حال فلا دخل لهذا بقضية بقاء المبيع على ملك البائع الذي له الخيار بعد صدور العقد الصحيح منه الذي هو حسب الفرض سبب تام للنقل والانتقال كما مر توضيحه قريباً فليتدبر .

اما فقهاؤنا فقد عالجوا القضية بما اوردناه لك من الالتزام بالانفساخ القهري في توجيه الدليل قالوا « ان العقد يفيد الملكية للبائع ذي الخيار بالنسبة الى الثمن وللمشتري الذي لاخيار له بالنسبة الى المثمن على حد سواء ولكن لو تلف المال في يد من لاخيار له - اي المشتري - مثلا سقط خيار البائع وكشف التلف بحكم قاعدة (التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له) عن الانفساخ القهري ورجوع المبيع الى ملك البائع قبل التلف آناما فيكون تلفه بيد المشتري مضموناً عليه ويدفع للبائع المثل والقيمة ويسترد ثمنه المسمى بحكم الفسخ المفروض وهكذا الكلام في عكسها او كون الخيار مختصاً بالمشترى وتلف الثمن في يد البائع وهذا كما قلنا لا يخلو من تعسف ولكن لا محيص منه وهو اهون بكثير مما التزم به ارباب (المجلة) تبعاً لفقهائهم ومن هذا البيان كله انضح الكلام في مادة (٣٠٩) اذا شرط الخيار للمشترى فقط خرج المبيع من ملك البائع وصار ملكاً للمشترى فاذا هلك المبيع في يد المشترى بعد قبضه او هلك في يد البايع بعد ان قبضه منه المشترى واودعه عنده يلزمه اداء ثمنه المسمى للبايع فان المبيع لما استقرت عليه ملكية المشترى لعدم خيار للبائع كان تلفه عليه ويدفع للبائع الثمن المسمى ، جريا على مقتضى العقد ، هذا على طريقة القوم ولكن مقتضى قاعدة (ان التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له) كون

التلف هنا على البائع الذي لاخيار له ويسترد المشتري منه الثمن المسمى

كل هذا في التلف السماوي ، اما اذا كان باتلاف فالمتلف ان كان هو البائع وهو صاحب الخيار فهو في الحقيقة تصُرف عملي ، وفسخ فعـلي فيجب عليه ان يرد الثمن المسمى الى المشتري ، وان كان الخيار للمشتري فخياره باق ان شاء فسخ واسترد المسمى من البائع وان شاء أمضى واخذ المثل والقيمة منه ، وان كان المتلف هو المشتري والخيار له فقد اسقط خياره باتلاف العين ولزم العقد واستقر ملك البـائع للمسمى وان كان الخيار للبائع فهو ايضاً على خياره فان فسخ رد المسمى وأخذ المثل اوالقيمة وان أمضى أستقر له ملك المسمى وان كان المتلف اجنبيا بقي الخيار لصاحبه فان كان هو البائع وأجاز ملك المسمى ورجع المشتري بقيمـة المبيع على الاجنبي ولوفسخ رد المسمى الى المشتري ورجـع بالقيمة وهل يرجع بهـا على الاجنبي او على المشتري او يتخير وجوه يظهر مدارِكها بالتأمل كما يظهر الحال لو كان صاحب الخيـار هو المشتري فسخ اواجاز .

بقي في المقام أمور يجدر التنبيه عليها .

الاول ـ : ان القدر المتيقن من مورد قاعدة (التلف فى زمن الخيار ممن لاخيار له) هو الخيارات الزمانية أعني مالها زمان تمتد فيه مثل خيار المجلس والشرط والحيوان أما غير الزمانيات كخيار العيب والغبن والرؤية وأمثالها فيشكل جريان القاعدة فيها سيما على القول بفورية تلك الخيارات اذليس هناك زمان حتى يتصور وقوع التلف فيـه وكلمات

اصحابنا في المقام مختلفة بين من يظهر منه التعميم وبين مصرح بالتخصيص وبين متوقف ، وبالرجوع الى الاخبار التى تحصلت منها القاعده يترجح منه عدم التعميم

الثاني - : ان مورد القاعدة أيضاً هو البيع الشخصي فانه هو الذى يتضح فيه حصول التلف وعدمه، اما الكلي فلا معنى لتلفه واما المصداق الذي يتحقق به قبض الكلي فهو وان كان قابلا للتلف ولكن ليس هو المبيع بل سقوط الكلي به من باب المعاملة الضمنية الارتكازية في قيامه مقام المبيع وليس فى هذه المعاملة خيار .

و (بالجملة) فما تعلق الخيار به لا يلحقه التلف وما يلحقه التلف لا خيار فيه ، اللهم الا ان يقال ان المصداق في نظر العرف هو عين الكلي المبيع فمتعلق الخيار والتلف بنظر العرف شيء واحد وان كانا بدقة الفلسفة شيئين فليتأمل .

وفي مطولات كتب الاصحاب في هذه الابواب بحوث سحيقة وتحقيقات دقيقة يضيق عن جرعها لهوات هذه المختصرات .

الثالث - : في التنازع اذا ادعى احدهما انه شرط خياراً اوان مدته زائدة اوان صاحب الخيار امضى العقد وانكر الآخر فالقول في جميع ذلك قول المنكر واذا اتفقا على الخيار ومقدار المدة واختلفا فى انقضائها لجهل تاريخ مبدئها يقدم قول مدعي بقائها للاستصحاب واذا تنازعا في الفسخ والاجازة فان كان في المدة قدم قول ذي الخيار لقاعدة (من ملك شيئاً الخ ..) وان كان بعدها قدم قول المنكر .

(استدراك وتكملة)

خيار الشرط كما عرفت هو أن يشترط البائع او المشتري خيار الهما اولاحدهما او لثالث وهو اما ان يكون مطلقا وهو الذي تقدم الكلام فيه واما ان يكون مقيدا بحال بان يقول اشترط ان يكون لي الخيار بعد شهر ان جاء ولدي من السفر في هذا الشهر فان جاء كان له الخيار والا فلا ، ومن هذا النوع البيع المضاف الى خياره المسمى عند الامامية (ببيع الخيار) وعند فقهاء المذاهب (بيع الوفاء) وقد عقدت له (المجلة) فصلا مستقلا سيأتي ، وقدسبق انه بيع صحيح عندنا يترتب عليه آثار البيع سوى أنه عقد خياري جائز ، ، واعتبار رد الثمن في هذا الخيار يتصور على انحاء (١) أن يكون الخيار تعليقاً او توقيتاً منوط برد الثمن فلا خيار له قبل الرد وله الخيار بعده أي له حق الفسخ فلا ينفسخ ان لم يفسخ ويكون الثمن قبله عند البائع كأمانة الى أن يفسخ فيملكه والمراد بالرد أيصاله الى البائع او وكيله او وليه او وصيه اوحاكم الشرع اذا امتنع (٢) ان يكون له الخيار في كل جزء من المدة المعينة مقارنا للرد والفرق بينه وبين الذي قبله ان الخيار هناك بعد الرد فلا خيار قبله وهنا في كل زمان ولكن مع الرد (٣) أن يكون الرد فسخا منه فعليا او انفساخا قهريا بحيث متى رد انفسخ اما لأنه انشاء فسخ اولانه ينفسخ قهرا نظير شرط المسبب والنتيجة (٤) أن يكون الرد شرطا لوجوب فسخ البايع فمتى رد المشتري وجب

على البايع أن يفسخ ويرجع الى الاقالة فان لم يفعل تساط المشتري على الفسخ وحاصل الفرق بين هذا البيع الخياري وشرط الخيار المعروف أي المطلق هو أن المشتري في شرط الخيار يفسخ فيسترد الثمن وهنا يرد الثمن فيفسخ فالرد هنا سبب الفسخ والفسخ هناك سبب للرد فتدبره ، وفي هذه الرشفة من خضم مسائل هذا البحث كفاية عن الخوض في لججها الزاخرة اما تصويره وحقيقته عند القوم فسيأتي انشاء الله

(الفصل الثاني)

خيار الوصف

(مادة : ٣١٠) إذا باع مالاً بوصف مرغوب فظهر خاليا عن ذلك الوصف كان المشتري مخيراً ان شاء فسخ وان شاء اخذه بجميع الثمن المسمى ، ويسمى هذا الخيار خيار الوصف ، مثلا لو باع بقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون المشترى مخيراً ، و كذا لو باع فصاً ليلا على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر تخير المشترى .

ليس لهذا الخيار ذكر في كتب فقهاء الامامية المتداولة وليس هو الا شعبة من خيار الاشتراط التى مرت الاشارة اليه فان الوصف المذكور في العقد ان ذكر نحو الشرط كان لازما وتخلفه يوجب الخيار وان ذكر لا على نحو الشرطية بل على نحو التعريف او الترغيب لم يكن تخلفه موجباً لشيء من خيار اوغيره وكان من قبيل الدواعي التي لا اثر

لحصولها او عدمه اصلا مثلا لو اشترى ارضا بداعي جعلها بستانا يتخيل انها صالحة لذلك فتبين انها لا تصلح الا للزراعة لم يكن له حق الفسخ بخلاف ما لو شرط ذلك في متن العقد وقال اشتريتها بشرط صلاحيتها للبستان فان له خيار تخلف الشرط لو ظهر عدم صلاحيتها لذلك ودليله ادلة الشروط مثل (المؤمنون عند شروطهم) وغيره مما يدل على وجوب الوفاء بكل شرط مقدور لا يخالف كتاب الله ولا ينافي مقتضى العقد

ونظراً لكون المقام يتأسس على دعائم الاوصاف والشروط وهي من مباحث المعاملات المهمة ولم اجد حسبما وقفت عليه من كتب الفريقين من اعطاها حقها من البحث والتحقيق ووصل الى محدد الجهات من تخومها الشاسعة ودل على عروة اتصالها بالعقود ومكانتها منها وكيفية ارتباطها بها والفرق بين الاولى والثانية فنقول والله المستعان بلطفه.

ان الاوصاف هي عبارة عن الاعراض القائمة بموضوعاتها الخارجية التى يعبر عنها الحكماء بما يكون وجودها في أنفسها عين وجودها في موضوعاتها المستقلة في انفسها وذلك كالكميات والكيفيات من عوارض الاجسام وكالملكات والسجايا والاحوال من عوارض النفوس والمدارك أما الشروط التى تستعمل في هذه المسارب وتقرن بالعقود والاوصاف فيراد منها تارة المعنى الاعم من الاوصاف والاحوال والمبادي والافعال والغايات واحوال الغايات والنتائج ، وأخرى المعنى الاخص اعني خصوص الاعمال ، وقد مرت الاشارة في أوائل (الجزء الاول) الى ان هذه الأوصاف هي الدواعي والبواعث الى الرغبة في اقتناء موصوفاتها

وهي وان كانت لاتقابل بالاعواض ولكن باعتبارها تختلف الاعواض زيادة ونقصاً بل بالنظر اليها تبذل الاعواض في الاعيان فالدار انما تشترى بها باعتبار صلاحيتها للسكنى والدابة للركوب اوالنسل او المنافع الاخرى من الصوف اواللبن ولو تجردت عن كل ذلك لم تبـذل بازائهـا اي ثمن ولاتنبعث بك الرغبة الى أخذها ولامجانا وهكذا جميـع الموجودات انما تنبعث الرغبـات اليهـا بالنظر الى صفاتها وحالاتها لا بالنظر الى ذاتهـا وهـذه الاوصاف التى هي ملاك المالية ومنشأ حصول الرغبات في الجدة والملك قدتذكر في العقد على العين التى انبعثت الرغبة اليها باعتبار تلك الاوصاف وقد لاتذكر فان لم تذكر في العقد كانت دواعي صرفة واغراضاً مجردة لا أثر لتخلفها وعدمه لافي خيار العقود ولا غيره (وإنما يحرم الكلام ويحلل الكلام) وان ذكرت في متن العقد على نحو الشرطية اوعلى نحو التقييد فقد صارت جزء من المعاوضة الخاصة بمعنى ان الالتزام الخاص الوجداني الذى انشأه العاقد قد تعلق بالمعاوضة بين المالين الخارجيين وهما الدرهم وهذا الثوب المخيط اوالعبد الكاتب مثلا وليست الكتابة والخياطة هنا قد التزم بها بالتزام لنفسها بل بنفس الالتزام المتعلق بالمعاوضة الذى حصل بنفس العقد فلزوم مثل هذا الوصف اوالشرط لايحتاج الى التمسك بعموم (المؤمنون عند شروطهم) بل يكفي فيه عمومات ادلة البيع ووجوب الوفاء بالعقود وليس مفاد العقد فيما نحن فيه الا تمليك المبيع المعين بالعوض المعين اى التزام البائع للمشتري بتمليك العبد وكونه كاتبا او كون الثوب مخيطاً فاذا انكشف

عدم تحقق الوصف لم تبطل المعاوضة من راس لانها بين المالين المشخصين وهما حاصلان موجودان وانما يبطل اللزوم ووجوب الوفاء بالعقد لأنه إنما وقع على تلك الكيفية الخاصة أعني مبادلة المالين وكون احدهما بتلك الصفة الخاصة لا على نحو التقييد الوحداني ولا على نحو الالتزام الاستقلالي حتى يبطل على الاول بقاعدة (المقيد عدم عند عدم قيده) بلحاظ البساطة ويكون التزاما ثانيا على الثاني بل على نحو الالتزام او وحدة الالتزام وتعلقه بأمرين كوحدة الدال وتعدد المدلول ،ووحدة الاشارة وتعدد المشار اليه ومع تخلف احدهما لا تبطل الدلالة على الآخر . نعم حيث ان وجوب الوفاء ورد على ذلك العقد الخاص وبعدزوال الخصوصية لا يبقى وجوب الوفاء ولكن المعاوضة التى حصلت فى ضمن ذلك العقدلا داعي لبطلانها بعد تحقق اركانها ، فتبقى جائزة وأمرها الى المتعاقدين او الى من له الشرط فسخا وامضاء . ورفعاً وابقاء ، ومعنى رضا المشتري بغير الكاتب اوغير المحيط اسقاط حقه من الوصف الذى التزم له البائع به . وقضية الشروط والاوصاف في الاعراض تشبه قضية تبعض الصفقة في الاعيان فيكون كالتزام جديد بينهما يجب الوفاء به ولذا ليس له الفسخ بعد الرضاء وأمضاء العقد ، وأما الاشكال بانه لا معنى لتعلق الالتزام بالوصف في العين الشخصية لأنه اما حاصل فلا معنى لتحصيل الحاصل اومعدوم فيستحيل الالتزام بوجوده حين العقد ، فمدفوع بان الالتزام هنا ليس بمعنى فعله وتحصيله بل بمعنى كونه في العهدة يعني ان البائع يجعل على عهدته كون الوصف حاصلا في الخارج متحققاً في الموصوف وأثر

هذا الالتزام يظهر فيما اذا انكشف عدم تحققه بتسلط المشتري على الفسخ ويستحق استرجاع ثمنه ولا حق له بمطالبة الارش لما عرفت مكرراً من ان الاوصاف لاتقابل بالاعواض وان زادت بها قيمة العين بل هي قوام القيمة ، أما العيوب وأخذ الارش لها فذاك أمر آخر سيأتي تحقيق الكلام فيه انشاء الله .

هذا كله في الاوصاف بمعنى الاعراض ، أما الافعال والغايات وهي الشروط بالمعنى الاخص كما لو باعه العبد واشترط عليه ان يعتقه او شرط عليه انعتاقه او باعه الدار واشترط عليه ان يملكه الكتاب او يكون الكتاب ملكاً له فحقيقتها انها التزامان في عقد واحد وبعبارة أجلى ان الالفاظ حينئذ قد دلت على التزام عقدي والتزام شرطي فالشرط في ضمن العقد مثل قوله بعتك الدار واشترطت لك ان أهبك الكتاب عبارة عن التزامين مختلفي الأسلوب والصورة متحدي الجوهر والحقيقة بخلاف الوصف فانه التزام واحد بأمرين ولما كان الشرط التزاماً خارجاً عن العقد لم يكف في لزومه مادل على وجوب الوفاء بالعقد بل كانت قاعدته التي يعتمد عليها ادلة الشروط مثل (المؤمنون عند شروطهم) وبناء العقلاء وامثالها ، وهو وان كان خارجاً عن الالتزام العقدي الا أنه مرتبط به أشد الارتباط وأثر هذا الربط ان العقد اللازم بدون حصول الشرط يعود جائزاً ،، وسر ذلك ان لزوم العقد وقع منوطاً بحصول الشرط ومع عدم حصوله ينتفي لزومه ووصفه لاحقيقته وذات ومرجع هذا التقييد في الحقيقة الى تعليق لزوم العقد على حصول الشرط

وأدلة الشروط تقضي بلزوم هذا القيد ووجوب الوفاء به تكليفاً ووضعاً فلو أمتنع من عليه الشرط من الوفاء به او تعذر الشرط عليه كان لمن له الشرط ان يفسخ لارتفاع اللزوم بارتفاع قيده . ولولا هذه النكتة الدقيقة والسر العميق لكان مقتضى القواعد بادىء بدء ان يبطل العقد بتمامه عند عدم حصول شرطه لأنه وقع على المجموع المركب والكل ينتفي بانتفاء بعض اجزائه فهو نظير الشرط في باب العلل والاسباب حيث يقولون (المشروط عدم عند عدم شرطه) ولكن من ذلك الطريق الدقيق والوجه اللامع حكمنا مع أرتفاع الشرط ببقاء العقد الذي حقه ان يرتفع بارتفاعه ويبطل ببطلانه ، ومن هنا جاز ان نقول ان فساد بعض الشروط لايستلزم فساد ماانيطت به من العقود لأن الشروط التزامات ثانوية في التزامات العقود فالعقد والشرط من حيث الالتزام لاهوهو ولا منفصل عنه بل متعلق فيه ومرتبط به أشد الربط ، ، ثم ان كان الشرط فعلا من الافعال وجب ايجاده وان كان غاية ونتيجة كشرط صيرورة العبد حرا والكتاب وقفاً والدار لك ملكا وقلنا بصحة مثل هذه الشروط وجب الالتزام بتحققه وترتيب آثاره ويكون العبد حراً كما لواعتقه بالصيغة المخصوصة، لا ان يملك ويعتق ويوقف ومثل هذه الشروط لايتصور تخلفها مع قابلية الموضوع نعم تخلفها يكون بنحو آخر ، ولبعض اعلامنا المتقدمين كلمة في هذا البحث لعلها تشير الى بعض ماذكرنا حيث يقول (واشتراط ماسيوجد أمر منفصل عن العقد وقد علق عليه العقد) اه ولعل المراد علق عليه لزوم العقد والا فالتعليق

في العقود مبطل عند علمائنا كلمة واحدة ، فلا جرم ان المراد تعليق لزوم العقد وكثيراً مايعبرون عن اللزوم بالعقد لارتباطهما وتلازمهما في الغالب خصوصاً في البيع . ،، . وكان حق هذا البحث ان يذكر في مباحث الشروط ولكن ذكر الاوصاف التي تقابل الشروط سحبنا اليه (والالماس يتلألأ انما وضع) ليس مكان احق به من مكان ، فتدبره واغتنمه فانك لاتجد هذه الرقائق في غير هذه المهارق والمنة لله وحده .

ونعود الى بحث المادة التي في متن (المجلة) اذ تقول — : اذا باع بوصف مرغوب فظهر خالياً كان المشتري مخيراً الخ ... وأقول لعلك تفطنت الى ان قضية الاوصاف لادخل لها بالوصف المرغوب ان كان المراد المرغوبية عند النوع وفي الغالب كما يظهر من تمثيلهم بالبقرة الحلوب فان باب الاوصاف والشروط تدور مدار الرغبات الشخصية فقد يكون لانسان غرض في الوصف الغير المرغوب عند العموم كما لو اشترط كون البقرة غير حلوب لانه يريدها للحرث او السقي لاللبن والنسل مثلا فاذا ظهر انها حلوب كانت على خلاف رغبته ونقيض شرطه فلا يمكن الزامه بها وقد التزم له البائع بغير هذا الوصف فلا محيص من ان يكون له الخيار ومثل ذلك لو اشترى عبداً واشترط كونه أميا وهو وصف غير مرغوب عند النوع فان القراءة والكتابة صفات كمال في العبد وغيره ولكنه يريده أميا كي لايطلع على اسراره ومراسلاته فلو ظهر أنه يقرء ويكتب كان له الخيار طبعا ، فلا معنى بل لاوجه لتقييد الشروط والاوصاف بكونها مرغوبة مع ان أدلة الشروط عامة والاعتبار يساعد

على عمومها فافهم ذلك وتدبره ، والتقييد بكونه (ليلا) غالبي لا احترازي فان المدار في ثبوت الخيار على عـدم علم المشترى ليلا كان الشراء او نهارا .

(مادة : ٣١١) خيار الوصف يورث الخ . . .

قدعرفت ان جميع الخيارات عندنا موروثة ويحتاج كيفية ارثها وأحكام ارث الخيار وتفاصيله الى بيان واسع وربما يأتي له محل آخر انشاء الله

(مادة : ٣١٢) المشتري الذى له خيار الوصف اذا تصرف في المبيع تصرف الملاك بطل خياره.

تقدم في القواعد العامة أن كل تصرف دال على الرضا بالعقد وامضائه فهو مسقط سواء كان من قبيل تصرف الملاك ام لا وهذا وسط بين من قال كل تصرف مسقط ومن قال خصوص تصرف المـلاك مثل بيعه اورهنه اووقفه ونظائرها مما يتوقف صحته على الملكية اواذن المالك .ولم تذكر (المجلة) ان خيار الوصف هل هو على الفور اوالتـراخي يعني هل أنه بمجرد علمه بفوات الوصف يلزمه اما الفسخ او الامضاء فاذا لم يبادر الى احدها سقط خياره ام له ذلك متى شاء ، وقـد سبق ان الاصل هو الفورية في جميع الخيارات الا ماثبت تراخيه بالدليل على التراخي سيما مع أنه لايخلو من لزوم الضرر على البائع حيث يبقى الامر مهملا الى وقت غير معلوم ، نعم الفورية ليست على الدقة الحقيقية بل فورية عرفية لا يقدح فيها الساعة والساعتان .

***

(الفصل الثالث)

خيار النقد

ذكرنا ان الفقهاء في تعداد انواع الخيارات بين مقل و بين مكثر فبعضهم قصرها على ثلاثة وبعضهم زادها على عشرين ولكن اكثرها متداخلة يدخل بعضها في بعض فلو أرجعنا كل فرع الى أصله لم تزد على ثمانية اوتسعة مما ذكروه وشاهد ذلك هذا الخيار الذى جعلوه اصلا برأسه وهو على الصورة التي ذكروها ليس إلا من فروع خيار الاشتراط فانه عبارة عن اشتراط اداء الثمن في وقت معين ولذا لا يوجد في شيء من كتب فقهائنا فانه بطبيعة اطلاق العقد مستغنى عنه ضرورة ان الاطلاق يقتضي تسليم الثمن نقداً فان لم يدفعه كان له الخيار متى شاء في المدة المعينة وفي غيرها، نعم في أخبار أئمتنا سلام الله عليهم في هذا المقام خيار أصيل يعرف عند علمائنا (بخيار التأخير) وهو أن البائع مع اطلاق العقد وعدم تسلم المبيع وعدم قبض الثمن ينتظر المشترى الى ثلاثة أيام فهو في هذه الثلاثة لازم عكس خيار الحيوان ثم يصير بعد الثلاثة جائزاً ان شاء فسخ وان شاء بقي على الانتظار مع الخيار وخيار الحيوان يصير بعدها لازماً ففي رواية علي بن يقطين عن الكاظم سلام الله عليه عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن، قال — : الاجل بينهما ثلاثة أيام فان اقبضه بيعه والا فلا بيع بينهما، وعنه عليه السلام ايضاً (من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة أيام ولم يجيء فلا بيع له) ومثلها اخبار اخرى كثيرة

وظاهر قوله فلا بيع بينهما بطلان البيع رأسا بعد الثلاثة ولكن العلماء اجمع الامن شذ حملوه على ارتفاع لزوم البيع وقد قلنا انه كثيرا ما يعبر عن اللزوم بالبيع او بالعقد للتناسب والتلازم الذي بينهما والاعتبار والحكمة من هذا الحكم تساعد على ذلك فان الزام البائع بالصبر والانتظار مع ان المبيع عنده وفي ضمانه وقد انتقل الى الغير ومنافعه ايضاً للغير ولم يقبض الثمن ضرر ومشقة شديدة ، وتدارك ذلك يحصل بجعل الخيار فان رأى من صالحه الانتظار ، وإلا فسخ بالخيار ، فما اكرمها من حكمة سامية وهذا الخيار لم أجده فيما وقفت عليه من كتب القوم ولم يعرفه فقهاء المذاهب على الظاهر ، والعجب من (المجلة) وغيرها من مؤلفاتهم يذكرون مثل خيار النقد والخيانة ونحوها التي ليست بشيء ولا يذكرون مثل هذا الخيار الرصين ، وفي مؤلفات أصحابنا لخيار التأخير مباحث واسعة وتحقيقات جليلة .

(مادة : ٣١٣) اذا تبايعا على ان يؤدي المشترى الثمن في وقت كذا وان لم يؤده فلا بيع بينهما صح البيع وهذا يقال له خيار النقد .

مقتضى تعبير (المجلة) فلا بيع بينهما كما في أخبارنا - ان البيع يكون فاسدا عند عدم الأداء في الوقت وصرحت (المجلة) ايضاً في مادة (٣١٤) اذا لم يؤد المشتري الثمن في المدة المعينة كان البيع الذي فيه خيار النقد فاسدا ، فاين الخيار اذاً فان العقد اذا فسد عند عدم اداء المشتري للثمن في الوقت المعين لم يكن معنى لثبوت الخيار له وكيف يثبت الخيار بين الفسخ والامضاء لعقد قد فسد وانفسخ ثم ما معنى جعل الخيار للمشتري

مع ان الشرط للبائع على المشتري وضرر الانتظار والصبر عليه لا على المشترى وخيار المشترى الذى قد لا يفسخ ولا يؤدي الثمن بل يبقى على المماطلة لا يرفع ضرر البائع .

و (الحاصل) ان هذا كله مشوش مغشوش وخطأ في خطل لا جسم فيه ولا روح ، ولا جوهر ولا معنى ، واعجب من ذلك كله مادة (٣١٥) اذا مات المشتري المخير بخيار النقد في اثناء مدة الخيار بطل البيع ، فانه اذا كان خياراً قاراً وحقاً ثابتاً ، مثل خيار الوصف والشرط فلماذا لا ينتقل الى الوارث وعلى تقدير كونه وصفاً قائماً بذات المشتري لا يقبل الانتقال الى غيره مع انه ممنوع ، فلماذا يبطل البيع ولماذا لا يكون لازماً و يؤخذ الثمن من التركة وينتقل المبيع الى الورثة كسائر اموال مورثهم فتدبر هذه النقوش والرتوش جيداً .

الفصل الرابع

خيار التعيين

ههنا (كما يقول العوام) تسكب العبرات ، وهذا هو المحزن المؤسف ان يسف العلم هذا الاسفاف ، وما ادري كيف اشتبه الامر على ارباب (المجلة) الافاضل فخلطوا هذا الخلط الشائن ، وخبطوا هذا الخبط المزرى فان الخيار الذي يبحث عنه الفقهاء في باب المعاملات هو كما عرفت السلطنة على فسخ العقد وابقائه لاحد المتعاقدين او لكل منهما او لاجنبي ، وهذا الخيار الذى ذكروه هنا وسموه خيار التعيين لا علاقة له بهذا المعنى اصلا

اللهم الا تشابه الاسم فقط على انه فرق في الاصطلاح بين الخيار والتخيير فان الخيار المزبور عبارة عن تخيير البائع ان يدفع احد الاشياء المعينة او يتخير المشترى ان يأخذ ما شاء منها فاى ربط لهذا بقضية فسخ العقد او امضائه ولو صح لنا ان نعد هذا في الخيارات لصح لنا ان نعد من جملة الخيارات خيار الكفارة فان المكلف بالكفارة مخير بين العتق والاطعام والصيام ، وخيار المديون في اداء دينه و بايع الكلي مخير في دفع اي مصداق من مصاديقه . وهلم جرا الى مالا يحصى ولا يعد ، وهذه لعمر الحق مهزلة من المهازل عند اهل العلم المعقم وارباب الفن الصحيح ، وعلى كل ، فان هذا تخيير لا خيار ولزوم في العقد لا جواز كما هو واضح لاول نظرة ، هاك فانظر — .

(مادة : ٣١٦) لو بين البائع اثمان شيئين اواشياء من القيميات كلا على حده على ان المشترى يأخذ اياشاء بالثمن الذى بينه له والبايع يعطي ايا اراد كذلك صح البيع استحسانا وهذا يقال له خيار التعيين .

الكلام هنا يتجه الى جهتين .

الاولى — : هل ان هذا خيار على غرار سائر الخيارات المذكورة في ابواب العقود والمعاملات وقد عرفت انه اجنبي عن ذلك بالمرة فلا فسخ ولا امضاء ولا سلطنة على عقد ولا على عين ، واقحامه هنا كاقحام المسمار في الجدار .

الثانية — : على علاته هل هو صحيح اوفاسد ، ولعله مر عليك مناغير مرة ان مثل هذا البيع باطل عند جمهور الامامية وقد اتفقوا على ان بيع عبد

من عبدين باطل وان تساويا في جميع الصفات والحيثيات ولا يقول بصحته منا الا الشاذ النادر (ان كان) كل ذلك لانه غرر وبيع الغرر باطل وقد عرفت قريباً ان دائرة الغرر شرعاً اوسع منها عرفاً ، بل الحق انهما متساويان وليس للشارع في الغرر اصطلاح خاص ووضع جديد ولكن العرف يتسامحون فيرتكبون والشرع لا يسامح ولا يتسامح ، وسبق ايضاً ان المعلومية بالعين والمقدار والوصف والوجود والحصول شرط في البيع مطلقاً ، اذاً فهو مضافا الى انه اجنبي عن انواع الخيار بالمرة بيع فاسد عندنا ليس له اى اثر واللازم ان يكون فاسدا عند ارباب (المجلة) ايضاً بمقتضى مادة (٢١٣) المتقدمة بيع المجهول فاسد الى آخرها وهو ينطبق على ما نحن فيه تماماً بملاك مطلق الجهالة وان كانت هناك اشد ، ولكنهم هنا حكموا بالصحة ورتب بعض الشراح على المشترى احكاماً تسعة وعلى البائع سبعة مثل ما في مادة (٣١٧) يلزم في خيار التعيين تعيين المدة ايضاً ، ومادة (٣١٨) من له خيار التعيين يلزم عليه ان يعين الشيء الذى يأخذه فى انقضاء المدة التى عينت ولا نجد فائدة في التعرض لباقيها بعد ان كان اصل خيار التعيين لا اصل له وهو عندنا كما عرفت بيع فاسد للجهالة ولا علاقة له بمسائل الخيار بتاً .

انظر - مادة (٣١٩) خيار التعيين ينتقل الى الوارث مثلا لو احضر البائع ثلاثة اثواب اعلى واوسط وادنى من جنس واحد وبين لكل منها ثمناً على حده وباع احدها لا على التعيين على ان المشترى في مدة ثلاثة ايام او اربعة ايام يأخذ ايها شاء بالثمن الذى تعين له وقبل المشترى على هذا

المنوال انعقد البيع وفي انقضاء المدة المعينة يجبر المشتري على تعيين احدهما ودفع ثمنه فلو مات قبل التعيين يكون الوارث ايضاً مجبوراً على تعيين احدها ودفع ثمنه ،،، وليت شعري اذا كانت القضية بهذه الصورة وتنتهي الى الجبر فاين الخيار ؟

ثم اذا كانت مثل هذه الجهالة غير ضائرة في صحة العقد فتخصيص الجواز في القيميات تحكم لا وجه له وتخصيص بعضهم له بثلاثة اشياء فقط كما نقل بعض الشراح ايضاً لا وجه له .

(الفصل الخامس)

خيار الرؤية

هذا الخيار من الخيارات الاصيلة وان أمكن اندراجه ببعض الاعتبارات في خيار الوصف اوخيار الاشتراط لأنه عبارة عن حق فسخ العقد اذا اشترى عيناً غاية بالوصف ثم رآها على خلاف ماوصف البائع او كان المشتري رآها قبل العقد فاشتراها على تلك الرؤية فظهر بعد العقد انها قد تغيرت فبهذا اللحاظ يمكن درجه في خيار الاشتراط ضرورة ان الوصف او الرؤية السابقة كانت كشرط ضمني فاذا ظهر فقدانه كان له خيار تخلف الشرط ، ولكن الاصحاب تبعاً للاخبار جعلوه خياراً مستقلا لأن الشرطية غير صريحة فيه وان كانت ضمنية وسموه خيار الرؤية في صحيحة جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام

في رجل أشترى ضيعة و كان يدخلها ويخرج منها فلما ان نقد المال صار الى الضيعة فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله فقال ابو عبد الله (ع) انه لوقلب منها ونظر الى تسعة وتسعين قطعة ثم بقي قطعة لم يرها لكان له فيها خيار الرؤية ، اه ومعلوم ان مورد هـذا الخيار هو بيع العين الغائبة وقد عرفت في القواعد العامة ـ قاعدة ـ الوصف في الحـاضر لغو وفي الغائب معتبر ـ وذكرنا هناك ان بيع العين الغائبة لا يصح الا بالوصف لرفع الجهالة كبيع الكلي في السلم وغيره ولو باع بغير الوصف كان البيع باطلا من أصله ولو باع بالوصف صح فان ظهر موافقاً لزم والا كان له الخيار ومن هنا يظهر لك الخلل في عبارة (المجلة) مادة (٣٢٠) من اشترى شيئاً ولم يره كان له الخيار الى ان يراه فاذا رآه ان شاء قبـله وان شاء فسخ البيع ويقال له خيار الرؤية فانه ظاهر في صحة شراء شيء بغير وصف ولا رؤية وهو قطعي البطلان حتى عندهم كما ذكروا في بطلان بيع المجهول ومن الغريب حكمهم ان هذا الخيار لا يورث كما في مادة [٣٢١] خيار الرؤية لا ينتقل الى الوارث فاذا مات المشتري قبل ان يرى المبيع لزم البيع ولا خيار لوارثه .

لعمرك ان هذا من أحكام الجزاف القاسية التي لا يقبلها عقـل ولا ذوق فضلا عن الشرع و كيف يلزم الوارث المسكين بمبيع ما رآه مورثه ولا كان لازما عليه فتجتمع على الورثة مصيبتان فقد مورثهم والزامهم بمال ربما لا يرغبون فيه ولا رغب مورثهم فيه ولا يكون من صـالحهم كما لو كان قد أشترى ضيعة او مزرعة او نحو ذلك مما له شأن في نظم

حياتهم ، ومن هنا نقول - وحقاً نقول - انه لو كان الخيار في كل نوع من انواعه لا يورث فهذا النوع أعني خيار الرؤية يجب ان يكون موروثاً كيف وقد عرفت ان جميع انواع الخيارات موروثة لأنها باجمعها حق مالي فيشمله دليل [ماترك الميت من حق فهو لوارثه] ثم ان دليل خيار الرؤية وان كان قد ورد في خصوص المشتري اذا اشترى مالم يره اوما تغير عما رآه ولكن الملاك يجرى حتى الى البائع اذا باع مالم يره ثم رآه على غير الوصف الذى وصفه هو اووصفه الغير له ، ولذا قال اكثر اصحابنا بعمومه للبائع والمشتري وهو معقول كالقول بشموله لغير البيع من عقود المعاوضات اللازمة مثل الاجارة والصلح والقسمة والخلع وغيرها ويجري في غير الموافق للوصف مطلقاً سواء كان اعلى اوادنى لما عرفت من ان الرغبات والحاجات يختلف الناس فيها أشد الاختلاف فاذا أشترى حنطة بصفة أنها حمراء اوسوداء ثم ظهرت بيضاء وهي اعلى لا يلزم بها لأن حاجته الخاصة ربما تكون في السوداء ومما ذكرنا تعرف الخلل في مادة (٣٢٢) لا خيار للبائع ولو كان لم ير المبيع مثلا لو باع رجل مالا دخل في ملكه بالارث وكان لم يره انعقد البيع بلا خيار للبائع.

(مادة : ٣٢٣) المراد من الرؤية في بحث خيار الرؤية هو الوقوف على المال والمحل الذى يعرف به المقصود الاصلي من البيع .

هذه العبارة غير وافية ببيان المقصود وذكر المحل هنا لا محل له من الاعراب (كما يقولون) كما ان ذكر المقصود الاصلي لا يتضح به المقصود والتحقيق في المقام ان يقال ان المراد بالرؤية التي يصح معها البيع ويسقط

بها الخيار بالوصف الذي يقوم مقام الرؤية فيصح معه البيع حتى مع عدم الرؤية ويدور الخيار مداره وجودا وعدماهو مايوجب العلم بالشي ويرفع الجهالة عنه والغرر ولايرتفع الغرر من الاشياء الا بالاختبار ومعرفة تحقق الغرض المقصود منها والذي من أجله يتطلبه ويريد الحصول عليه ولما كانت المقاصد والحاجات تختلف باختلاف الاجناس والانواع بل باختلاف كل صنف من كل نوع ،، مثلا البقر قد يريدها المشتري للذبح والاكل فيختبر سمنها وقد يريدها للحرث فيعتبر قوتها وقد يريدها للحليب فيختبر درتها واخلافها بل أوسع من ذلك رب اشياء لايرتفع الغرر برؤيتها بالبصر بل لابد من شمها كالعطر من المسك والعنبر وشي لايكفي شمه كالسمن والزبد وامثالها بل لابد من ذوقه ايضا ولواشترى فارة مسك او جونة عطر ولم يفتحها بل شمها وعرف وزنها واشتراها (ولكن لم يرمافيها ببصره) لم يكن له خيار الرؤية بدعوى عدم رؤية المسك بعينه فان رؤية كل شي بحسبه وكثير من الاجناس لايكفي رؤيتها ولاشمها ولاذوقها بل لابد من لمسها وكثير منها لابد مع ذلك من كيلها ووزنها اوعدها وهكذا ،،، فليس المراد بالرؤية خصوص المشاهدة البصرية بل المراد الاختبار الرافع للجهالة واختبار كل شي بحسبه ، فاذا اشتريت حقة سمن رأيتها بعينك ولكن لم تذقها ولم تشمها كانت بحكم الشي الذي اشتريته بغير رؤية فلك الخيار بعد الاختبار اذا لم يكن موافقا لمقصودك وكنت تريد مثلا سمن البقر فظهر أنه سمن الغنم فلك الفسخ وهذا باب واسع لايمكن اعطاء الضابطة له الا بما قلنا

من أن المراد بالرؤية الاختبار والاختبار يختلف باختلاف الانواع والاجناس بل والاصناف والاغراض فمن أشترى شيئاً اوباعه وقد اختبره بما يليق به من الاختبار الكاشف عن الغرض المقصود منه اي غرضه الخاص لا اغراض النوع والعامة فان هذا كما عرفت لايجدى في باب المعاملات فلا خيار له بعد ذلك واذا لم يختبره بما يحق له من الاختبار كان له الخيار وهذا هو مراد ارباب (المجلة) وان قصر التعبير عنه اولا ولكن يتضح بقولها مثلا - الكرباس والقماش الذى يكون ظاهره وباطنه متساويين يكفي رؤية ظاهره والقماش المنقوش والمدرب يلزم رؤية نقشه ودروبه والشاة المشتراة لأجل التناسل والتوالد يلزم رؤية ثديها والشاة المأخوذة لاجل اللحم يقتضي جس ظهرها واليتها والمأكولات والمشروبات يلزم ان يذاق طعمها فالمشتري اذا عرف هذه الاموال على الصورة المذكورة ثم اشتراها ليس له خيار الرؤية .

(مادة : ٣٢٤) الاشياء التي تباع على مقتضى انموذجها يكفي الانموذج عنها فقط .

وحق التعبير ان يضم اليها المادة التي بعدها فيقول : فان ظهر موافقاً للانموذج فلا خيار والا كان له الخيار ولا حاجة الى مادة اخرى خلاصتها ذانك الكلمتان ، كما ان هذا يغني عن - :

(مادة : ٣٢٦) في شراء الدار والخان ونحوهما من العقار تلزم رؤية كل بيت منها الا انه اذا كانت بيوتها موضوعة على نسق واحد تكفي رؤية بيت واحد وهكذا كل ماهو من هذا القبيل مثل الاقمشة والاحذية

ونحوها فما يظهر مخالفاً له رده واستبداله والا فله الخيار .

فان جميع هذه المواد يمكن ان تجمع في مادة واحدة موجزة ، ولا حاجة الى الاكثار والتكرار .

(مادة : ٣٢٧) اذا اشتريت اشياء متفاوتة صفقة واحدة تلزم رؤية كل واحد على حدته .

ويلزم ان يضم اليها المادة التي بعدها فانها جزء متمم لها فيقال باختصار فان رآى بعضها ولم ير الباقي ثم وجده مخالفاً لما رآه فله الخيار اما باخذ الجميع اورد الجميع وليس له اخذ ما رآه وترك الباقي . - والاصح ان له ذلك ولكن يحدث للبائع خيار تبعض الصفقة فتدبره ، ولا يخفى ان الاعمى والبصير سواء في هذه الاحكام فلا يصح للاعمى ان يشتري مجهولا بل اما ان يختبره بنفسه بالنحو المستطاع له من الاختبار او يوصف له وصفاً يرفع الجهالة كما يوصف للبصير في العين الغائبة وفي السلم بالنسبة الى الكلي فان طابق فلاشيء والا فله الخيار ومنه تعرف الخدشة في مادة (٣٢٩) بيع الاعمى وشراؤه صحيح الا انه يخير في المال الذي يشتريه بدون ان يعلم وصفه ،،، فان شرائه بدون وصف او اختبار عندنا باطل وكان ينبغي ان يضم اليها المادتين اللتين بعدها (٣٣٠،٣٣١) بكلمتين وهما - فاذا اشترى بالوصف فلا خيار ، يعني مع المطابقة لامطلقاً ويسقط خياره باختباره بلمس الملموسات ، وذوق المذوقات وهكذا يكون الشراء صحيحاً لازماً - اي مع المطابقة ايضاً .

عرفت سابقاً انه يصح الشراء بالرؤية السابقة فان ظهر التغيير كان له

الخيار كما في مادة (٣٣٢) ثم ان الوكيل والرسول ان كانا مفوضين على الرؤية والعقد والقبض سقط خيار الموكل برؤيتها والا فلا — ولا وجه لاعتبار رؤية الاول دون الثاني كما في مادتي (٣٣٣،٣٣٤) الوكيل بشراء شيء والوكيل بقبضه رؤيتهما كرؤية الاصيل ثم قال: الرسول من المشتري لاخذ المبيع وارساله فقط لا تسقط رؤيته خيار المشترى، والاصح ان المدار في الجميع على الاعتماد والتفويض وبدونه لا تجدي صرف الوكالة او الرسالة فتدبره .

(مادة : ٣٣٥) تصرف المشترى في المبيع تصرف الملاك يسقط خياره .

اعلم ان التصرف اما ان يكون قبل الرؤية او بعدها وعلى التقديرين فخيار الرؤية اما ان يكون فوريا او غير فورى فان قلنا بفوريته فكل تصرف بعد الرؤية يكون مسقطاً للخيار بالضرورة ووجهه واضح وان قلنا بعدم فوريته فلا يسقط الا بالتصرف الدال على الرضا بالعقد وامضائه سواء كان من قبيل تصرف الملاك مثل الرهن والعتق ونحوهما ام لا

اما التصرف قبل الرؤية سواء دل على الرضا ام لا، وسواء كان من قبيل تصرف الملاك ام لا ، ففي سقوط الخيار به وعدم سقوطه وجهان مبنيان على ان سبب الخيار هو العقد ،والرؤية شرط، او ان السبب هو الرؤية والمخالفة شرط،فعلى الاول يكون التصرف الدال على الرضا مسقطاً للخيار ويكون مسقطاً فعليا كما لو اسقطه قولا ، وعلى الثاني لا يكون التصرف مطلقاً مسقطاً لان الخيار بعد لم يحصل لعدم حصول سببه وهو الرؤية

فكيف يسقط قبل تحققه وتحقق سببه وكذا لو اسقطه قولا فانه لا يسقط لذلك الوجه بعينه ، هكذا ذكر الاصحاب ملخصاً ويمكن ان يقال لا مانع من سقوطه بالمسقط الفعلي فضلا عن القولي حتى لو قلنا بان سبب الخيار هو الرؤية فانه يكفي لصحة اسقاطه بالقول او الفعل وقوع العقد على العين الغائبة الذى فيه استعداد للحوق الخيار بحصول سببه وهو الرؤية فاستعداد العقد لحصول سبب الخيار بعده كاف في صحة اسقاطه ويكون من قبيل الدفع لا الرفع ، نعم لو شرط سقوطه في العقد كما لو قال : بعتك العين الغائبة الموصوفة بكذا واشترطت عليك سقوط خيار الرؤية بطل الشرط قطعاً ولا يبعد بطلان العقد ايضاً فيكون من الشروط الفاسدة المفسدة وسر ذلك ان العقد على العين الغائبة المجهولة انما صح بالوصف لها الرافع للغرر والجهالة عنها ومعنى اشتراط سقوط خيار الرؤية اسقاط حق الوصف والغاء اثره وهو الخيار فتكون النتيجة أنه باع عينا من غير مشاهدة ولا وصف وهو من اوضح مواضع البطلان بخلاف ما لو اسقطه بعد العقد قبل الرؤية فان العقد وقع صحيحاً بالوصف ولم يقترن بما يبطله وكان فيه استعداد لاثبات حق وهو الخيار فلا مانع من اسقاط حقه فليتدبر ولم تذكر (المجلة) مسائل الاختلاف هنا مع انها جد مهمة فلو اختلفا في مخالفته الوصف وعدمها فقال البائع مثلا : بعتك الحنطة الحمراء ، وقال المشترى بل البيضاء او قال المشتري تغيرت الدابة عما شاهدتها ، وقال البائع : لم تتغير فالقول قول البائع في المقامين اما الاول فلأن المشتري يريد ان يثبت له خيارا والاصل عدمه ، واما الثاني فلذلك ولاصالة عدم

تغيرها فان التغير امر حادث فاذا شك فيه فالاصل عدمه فليتأمل .

(فرع)

لو نسج مقداراً من الثوب او الحصيرة فاشتراه على ان ينسج الباقي كالحاضر قيل يبطل للجهالة وقيل يصح لانه بحكم الموصوف بل بحكم المشاهد ، اما لو اعطاه مقداراً من الغزل على ان ينسجه كالموجود فيشتري الحاضر منه ويستأجره على نسج الباقي بتلك الكيفية فلا ينبغي الاشكال في الصحة فلو لم ينسجه على الغرار كان له الخيار .

(الفصل السادس)

خيار العيب

اضافة الخيار الى العيب كاضافته الى الغبن والى الرؤية والى الشرط من باب اضافة المسبب الى سببه واضافته الى المجلس والحيوان اشبه باضافة الشيء الى محله ، والاصل في دليل هذا الخيار وخيار الغبن هو قاعدة الضرر فان لزوم العقد الواقع على المعيب ضرر على المشتري مثلا وهو لا يعلم به ولم يقدم عليه وكل حكم ضرري مرفوع بقاعدة (لاضرر في الاسلام) فلزوم العقد على المعيب مرفوع ويمكن رده الى خيار الاشتراط فان العقلاء غالباً لا يقدمون الا على ابتياع الصحيح السليم من الاعيان وانما لا يشترطون ذلك صريحاً في العقد اعتماداً على اصالة السلامة فالسلامة في نظر كل متعاقدين شرط ضمني في العقود المطلقة التي لم

يؤ خذ فيها البراءة من العيوب ، فاذا انكشف وقوع العقد على غير السليم فقد تخلف الشرط وتخلف الشرط يوجب الخيار وعليه تحمل عبارة (المجلة) (مادة : ٣٣٦) البيع المطلق يقتضي السلامة من العيوب يعني ان بيع المال بدون البراءة من العيوب بلاذكر أنه معيب او سالم يقتضي ان يكون سالماً خالياً من العيب ولكن الاصح أن خيار العيب أصل برأسه والعيب موجب للخيار بنفسه لامن باب تخلف الشرط الضمني ولذا يعد اشتراط السلامة صريحاً فى العقد شرط مؤكد لاطلاق العقد وجوده كعدمه وخيار العيب يغني عنه وقد أشرنا قبل ان طبيعة العقد عند الاطلاق تقتضي وقوعه على الصحيح وظهور العيب اووجوده يقتضي التدارك بالخيار فجعل الشارع الخيار تأكيدا لما تقتضيه طبيعة الشيء ذاتاً لا تأسيس فى التشريع جعلا كخيار المجلس ونظيره الغبن فان طبيعة عقود المعاوضات تقتضي التبادل بين الاموال على نسب متعادلة في الربح والخسران والزيادة والنقصان مثلا قاعدة الربح عند العقلاء في التجارة ان يكون الربح في العشرة اثنين اوثلاثة وهذا هو المعدل التي تتراوح فيه الارباح من الواحد الى الثلاث فلو زاد على ذلك عده التجار والعرف اجحافاً وغبناً ، ولعل علم الاقتصاد احق واحرى من علم الفقه بضبط هذه الموازين وتحديد هذه المقائيس ثم ان العيب انما يوجب الخيار بشروط .

الاول :- ان يكون سابقاً على العقد اوحادثا قبل قبض المشتري او في زمن خياره اما لوحدث بعد قبضه وبعد خياره فلا يكون العيب

موجباً للخيار .

الثاني ـ : ان يكون غير عالم بالعيب قبل العقد او حين العقد او قبـل القبض فلو عقد عليه وهو عالم بعيبه اوقبضه مع علمه بالعيب فلا خيار .

الثالث ـ : ان لايكون البائع قد برء من العيوب فلو برء وظهر معيباً لم يكن للعيب اثر في الخيار .

الرابع ـ : ان يكون العيب يوجب نقص القيمة فلو كان لايوجب نقصاً اويوجب زيادة ففي كونه موجباً للخيار خلاف والاقرب عدم الخيار .

الخامس ـ : ان يكون العيب ممالايزول بسهولة فلو كان مثل الصداع الطارئ اوالحمى الخفيفة اوالدمل العادي لم يوجب الخيار .

السادس ـ : ان يعلم به حال وجوده فلو علم به بعد زواله لم يكن له اثر .

وقد اتفق فقهاء الفريقين او اكثرهم على ان البراءة من العيوب تمنع من تحقق خيار العيب ويكشف هذا عن كون سبب الخيار هو نفس العيب لا ظهوره وانكشافه وليس حاله حال الرؤية التي ذكروا انه لايصح اسقاط خيارها في العقد اوبعده لانها اسقاط مالم يتحقق بعد ولاينبغي الريب ان نفس الغبن والعيب اسباب للخيار بوجودهما الواقعي لابالعلم بهما وانما العلم كاشف وطريق لايترتب على الواقع اثره إلا به ولعل تعبير اكثر الفقهاء ان الخيار يثبت بظهور العيب ناظر الى ماذكرنا لا الى كون الظهور هو السبب كما تخيله بعض ومن هذا القبيل عبارة (المجلة) مادة (٣٣٧) مابيع بيعاً مطلقاً اذا ظهر به عيب قديم يكون

المشتري مخيراً ان شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى ، ثم أنه لا أشكال في ان هذا الخيار كسائر الخيارات عبارة عن سلطنة على فسخ العقد وابقائه ولكنه يمتاز بخصوصية عن اترابه وهي ان المشتري مثلا كما له الفسخ بالعيب واسترداد الثمن له الامساك والمطالبة بالنقيصة اي التفاوت مابين الصحيح والمعيب المعبر عنه في كتب اصحابنا (بالارش) وهو في اصل اللغة دية الجراحات واستعمله الفقهاء في المال المأخوذ بدلا عن النقص المضمون في بدن اومال ولم يقدر له الشارع مقداراً معيناً على خلاف في ذلك فالمشهور عند علمائنا أن العيب يوجب الخيار للمشتري في المبيع وللبائع في الثمن بهذا الترتيب

١ ـ : الفسخ والتراد .

٢ ـ : الامساك بالارش .

٣ ـ : الامساك مجاناً .

وخالفهم آخرون فقالوا : ليس لاحدهما المطالبة بالارش مع امكان التراد وانما تنتقل النوبة الى الارش اذا امتنع الرد لاحد الاسباب المانعة التي سيأتي ذكرها وهذا هو الظاهر من اكثر فقهاء المذاهب وعليه ينبغي ان تحمل عبارة (المجلة) وان كانت مطلقة حيث يقول في آخر المادة وليس له ان يمسك المبيع ويأخذ ما نقصه العيب اهـ ضرورة ان استحقاق المطالبة بالارش اى النقيصة متفق عليه في الجملة ولكن بين قائل به مع امكان الرد وبين من خصه بصورة الامتناع فاطلاق عبارة (المجلة) غير مراد كما نصت عليه مادة (٢٥٠) الآتية من انه اذا تعذر الرد له

المطالبة بنقصان الثمن .

(مادة : ٣٣٨) العيب ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة .

قد ذكرنا ان اهم مباحث البيوع ابواب الخيارات . وأهم انواع الخيار خيار الغبن والعيب ، وأهم مباحث العيب والغبن تعيين الضابطة والتعريف للعيب الموجب للخيار ، والغبن الذي هو على ذلك الغرار ، وقد اضطربت كلمات علماء الفريقين في ضابطة ذلك والكلمة الدائرة عند فقهاء المذاهب وتأثرتهم (المجلة) فيه هي ان العيب ماينقص القيمة وهي ابعد كلمة تقال في هذا الموضوع ضرورة ان الصفات الكمالية مثل كتابة العبد وجمال الجارية وفراهة الفرس كلها تزيد في قيمة موصوفاتها وعدمها ينقص القيمة مع ان عدم كتابة العبد ليست عيباً وان كان وجودها كمالاً وبالجملة فخلل هذا التعبير لايخفى وان شاع في كلمات القوم فانه أبعد شيء عن الحقيقة ، واتقن مايليق من التحقيق في المقام ان يقال - لاريب اننا اذا اعمقنا الفكر في الحقائق النوعية من حيث وجوداتها الخارجية ، اعني من حيث مصاديقها المتكثرة وتحققاتها المتكررة ، نجدها متقومة من امرين .

موجودات متعددة محسوسة قد ارتبط بعضها ببعض حتى صارت كشيء واحد ، ونسميها اجزاء او اعضاء اوماأشبه ذلك .

ومعاني نتعقلها في الذهن ولا نجد الا آثارها في الخارج ولانحس بالحس الخارجي وانما تعرف بالحس الباطني ونسميها او صافاً واحوالا

ثم نجد في النظرة الثانية ان من تلك الاجزاء او الاوصاف مالا ينفك عن تلك الحقيقة فكل فرد يوجد منها فانما يوجد ملتئماً من تلك الامور واذا خلا فرد من بعض تلك الاجزاء يعد عند العرف والعقلاء شاذاً وخارجا عن ناموس تلك الطبيعة فيعرف بذلك أن كل واحد من تلك الاجزاء هو من مقتضيات تلك الطبيعة ولوازم تلك الحقيقة بخلاف بعض الاجزاء التي قد توجد وقد لا توجد وعدم وجودها في بعض الافراد لا يوجب عده من شواذ الحقيقة وفلتات الطبيعة وبذلك نعرف الاجزاء الاصلية اي ما تقتضيه الحقيقة والماهية من الاجزاء الزائدة الفرعية التي يقتضيها وجود الفرد بشخصيته لا وجود الماهية من حيث هي فنقص جزء من هذه الاجزاء لا يعد عيباً ولا نقصاً في ذلك الفرد سواء زادت به القيمة ام نقصت بخلاف الاجزاء من النوع الاول فان فقد شيء منها يعد نقصاً وعيباً سواء زادت القيمة بنقصه ام نقصت فنقص القيمة اجنبي عن قضية العيب بالكلية، وهكذا الكلام بالنسبة الى الاوصاف والاحوال نوع منها لا تنفك افراد تلك الحقيقة عنه الا شاذاً نادراً فيحكم العرف بانه من مقتضيات تلك الطبيعة ولوازمها ، ونوع آخر قد يوجد وقد لا يوجد وحيث لا يوجد لا يعد الفاقد شاذاً خارجا عن ناموسها العام ،، مثلا: ننظر في اجزاء الانسان فنجد الشعر على العموم جزء منه لا تنفك افراد طبيعته عنه ولكنه في حاجبه واشفار عينيه ونحوها جزء لازم في كل فرد الا الشاذ النادر ، وأما في ناصيته من القذال أو الوفرة ونحوها فغير لازم يوجد في بعض الافراد ولا يوجد في بعضها ولا يعد فقده شذوذاً

وليس الأنزع كفاقد شعر الحاجبين طبعاً ، ومن هنا نعرف ان فقدان شعر الناصية ليس عيباً لأنه ليس خروجاً عن مقتضى الطبيعة بخلاف الاخص الذي لا ينبت الشعر على بدنه ومثل ذلك في الاوصاف فان اجسام البشر تقتضي حسب حقيقتها ان يكون للجسم لون واحد من بياض اوسمرة اوسواد فلو وجد فرد جسمه كان ملمعاً بالبياض والسمرة مثلا كان خروجاً عن مقتضى الطبيعة كالبرص والبهق ونحوها وهكذا في كل نوع من الانواع وكل حقيقة من الحقائق لها اقتضاء خاص من حيث الاجزاء والاوصاف نعم قد ينقلب الامر وتنعكس القضية فتصير هناك حقيقة ثانوية وضعية تغلب على الحقيقة الاولية الطبيعية ، مثلا — الغلفة (يعني عدم الختان) من مقتضيات طبيعة الذكور ومن الاجزاء التي يولد الانسان الذكر معها ولكن الوضع بل الشرع عند المسلمين اقتضى الخروج عن هذه الحقيقة (١)

---

(١) ونظير هذا من أمثلة الاوصاف وان لم تكن من العيوب — اللحى — فان مقتضى طبيعة الانسان الذكر ان تكون له لحية اذا بلغ السن المخصوص ولكن انعكست القضية بالنظر الى الحقيقة الثانوية ، وصار التواضع التقليدي على حلق اللحى بحيث اوشك ان يعد مقتضى الطبيعة والفطرة وهو كون اللحى عيباً وازالتها كمالا ، ومن المستظرف هنا قول بعضهم .

رأيت في جلق غزالا ... تحار فى وصفه العيون
فقلت ما الاسم قال (موسى) ... قلت نـا تحلق الذقون

نعم هذا زمان حلق الذقون. فانا لله واليه راجعون.

فصارت الحقيقة الثانوية هي (الختان) وصارت الغلفة عيباً ويشهد لهذا التحقيق الرشيق من أخبار أهل البيت عليهم السلام ـ قصة القاضي ابن ابي ليلى ـ حيث جائه رجل بخصم له فقال : ان هذا باعني هذه الجارية فلم أجد شعراً على ركبها (بفتح اوله وثانيه ـ محل نبات الشعر من العانة) وزعمت انه لم يكن لها قط ، فقال له ابن ابي ليلى : ان الناس يحتالون لهذا بالحيل حتى يذهبوه فما الذي كرهت ، فقال له : أيها القاضي ان كان عيباً فاقض لي به ، فقال حتى اخرج اليك فاني أجد أذى في بطني ، ثم دخل بيته وخرج من باب آخر فاتى محمد بن مسلم (هو من خواص اصحاب الصادق وأبيه الباقر سلام الله عليهما) فقال : أي شيء تروون عن أبي جعفر في المرأة لاتكون على (ركبها) شعر ، أيكون هذا عيباً ، فقال محمد بن مسلم . اما هذا نصاً فلا أعرفه ولكن حدثني أبو جعفر عن أبيه عن آبائه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال (كلما كان في أصل الخلقة فزاد اونقص فهو عيب) فقال ابن ابي ليلى . حسبك هذا ـ فرجع الى القوم فقضى لهم بالعيب ، اه .

وكل هذه الاعتبارات والمعاني حقائق قائمة بنفسها ليس لزيادة القيمة ونقصها دخل في صدق كونه عيباً اوغير عيب ، الاترى ان الجب اي قطع آلة التناسل عيب بلاريب لأنه خروج عن مقتضى حقيقة الانسان الذكر ومع ذلك فهو مما يزيد قيمة المملوك قطعاً ولكن ذلك لايخرجه عن كونه عيباً يوجب الخيار مع عدم العلم غايته انه لاموضع لطلب الارش هنا إلا بتكلف ربما يأتي محل ذكره ، وعلى كل حال فجعل

ضابط العيب هو زيادة القيمة ونقصها وان شاع في كلمات كثير من فقهاء الفريقين ولكنه من الاوهام الشايعة وبعيد عن الحقيقة اشد البعد وقد عرفت ان جميع الصفات الكمالية وجودها يزيد في القيمة وعدمها ينقصها طبعاً ، وليست هي بعيوب قطعاً .

(مادة : ٣٣٩) العيب القديم هو ما كان موجوداً في المبيع وهو عند البائع .

هذه المادة ومابعدها ـ :

(مادة : ٣٤٠) العيب الذي يحدث في المبيع وهو في يد البائع بعد العقد وقبل القبض حكمه حكم العيب القديم الذي يوجب الرد .

و (مادة : ٣٤١) اذا ذكر البائع ان المبيع عيب كذا وكذا وقبل المشتري مع علمه بالعيب فلا يكون له الخيار بسبب ذلك العيب .

و (مادة : ٣٤٢) اذا باع مالا على انه بريء من كل عيب ظهر فيه فلا يبقى للمشتري خيار عيب .

هذه المواد لبيان شروط تحقق خيار العيب ومع فقد واحدة لا يثبت الخيار وهي مع الاختصار ـ كون العيب قبل العقد اوقبل القبض وجهل المشتري به حين العقد اوقبله وعدم براءة البائع من العيوب ، اما

(مادة : ٣٤٣) من اشترى مالا وقبله بجميع العيوب لاتسمع منه دعوى العيب بعد ذلك ، مثلا ـ لواشترى حيوانا بجميع العيوب وقال قبلته محطماً مكسراً اعرج معيباً ، فلا صلاحية له بعد ذلك ان يدعي بعيب قديم فيه .

و« ومادة : ٣٤٤ » بعد اطلاع المشتري على عيب فى المبيع اذا تصرف فيه تصرف الملاك سقط خياره ، مثلا - لو عرض المبيع للبيع كان رضاً بالعيب ، فلا يرده بعد ذلك .

هاتان المادتان لبيان مسقطات خيار العيب ، وقد أنبأناك من قبل ان اهم مباحث الخيارات التي هي اهم ابواب البيوع - خيار الغبن وخيار العيب - وأهم مباحث خيار العيب ثلاث نواحي .

١ - : ضابطة العيب الذي يثبت به الخيار .

٢ - : مسقطات هذا الخيار .

٣ - : التنازع بين البائع والمشتري في وجود العيب وعدمه ، وحدوثه وقدمه وامثال ذلك .

وقد تقدم الكلام في الاولى على ابسط بيان واتقنه ، وهذا موضع القول في الناحية الثانية ، وهي من ميادين السباق لفرسان التحقيق ، وسيأتي الكلام على الثالثة قريباً انشاء الله تعالى .

اما مسقطات هذا الخيار فهي ثلاثة .

مسقطات الرد فقط ، ومسقطات الارش فقط ، ومسقطاتهما معاً ، اما مسقطات الرد فامور .

الاول - : اسقاطه بعد العقد صريحاً قبل ظهور العيب او بعده ، بأن يقول : اسقطت حق الرد لوظهر عيب ، ثم ان ظهر العيب يكون له الارش فقط اما لو اسقط الخيار مطلقاً فالظاهر سقوطهما معاً .

اما لو اطلق الالتزام بالعقد فالارش لا يسقط .

الثاني ـ : التصرف في المعيب سواء بعد ظهور للعيب او قبله بمطلق التصرف اوخصوص التصرفات الناقلة اي الموقوفة على الملك كالبيع والرهن وأمثالها اوخصوص مادل على الرضا والالتزام بالعقد احتمالات بل أقوال ، فيها لتضارب كلمات العلماء اوسع مجال ، وأحق ما ينبغي ان يقال هنا من التحقيق ان التصرف لايخلو اما ان يبقى معه مجال لامكان الرد او ينقطع به امكان الرد شرعاً اوعرفاً كما اووطئ الجارية اواحبلها اونجز وقفية الدار اوجعلهامسجداً اونحو ذلك ، ولااشكال في ان مثل هذه التصرفات مانعة من الرد قولا واحداً واذا ظهر العيب يتعين اخذ الارش ، واذا بقي مجال للرد كما لوركب الدابة اولبس الثوب اوسكن الدار فان ظهر بهذا التصرف التزامه بالعقد واسقاطه الرد ـ سقط وتعين الارش وان لم يظهر منه ذلك فالخيار باق بحاله ان شاء فسخ وان شاء امسك مجاناً اوبالارش ، والمرجع من الاخبار في هذه القضية مرسلة جميل في الرجل يشتري الثوب اوالمتاع فيجدبه عيباً قال : ان كان الثوب قائماً بعينه رده على صاحبه واخذ الثمن وان كان الثوب قدقطع او خيط اوصبغ رجع بنقصان العيب ، والصحيح . ايما رجل اشترى شيئاً وبه عيب اوعوار ولم يتبرء اليه ولم ينبه فاحدث فيه بعدما قبضه شيئاً وعلم بذلك العوار وبذلك العيب فانه يمضي عليه البيع .

الثالث ـ : تلف العين اوماهو بحكم التلف كالعتق والرهن ونحوهما فان الخيار يسقط هنا اجماعاً وان لم نقل بالسقوط فى سائر الخيارات عند التلف فان الرد في المرسلة المتقدمة أنيط بقيام العين وأي قيام لها مع

التلف اوما بحكمه بل لو انتقل الى الغير او انعتق العبد قهراً فلا رد لعدم قيام العين فان الظاهر منه اعتبار بقائها على ملك المشتري ، نعم يمكن الحاقه بالتصرف لا بالتلف وعلى كل فلو عاد الى ملك المشتري فالظاهر ان الخيار لا يعود بقاعدة (الساقط لا يعود) وقيل يعود ولا يخلو من وجه ثم ان الاصحاب اتفقوا على ان وطئ الجارية عيب يمنع من الرد بالعيب القديم والاصل في ذلك اخبار خاصة منها خبر طلحة قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل اشترى جارية فوطئها ثم رأى فيها عيباً قال : تقوم وهي صحيحة وتقوم وبها الداء ثم يرد البائع على المبتاع فضل مابين القيمتين ، وفي أخرى . كان القضاء الاول في الرجل اذا اشترى الأمة فوطئها ثم ظهر على عيب ان البيع لازم وله ارش العيب ، واستثنوا من هذا - الحامل - فان الحمل عيب ترد به الأمة فلو وطئها وهي حامل جاهلاً اومطلقاً يردها مع نصف عشر قيمتها لنكاحه اياها ، وفي اخرى عشر قيمتها ، ويحمل على البكر حيث يتحقق الحمل مع البكارة كما قد يتفق ويشهد له رواية ثالثة . ان كانت بكراً فعشر قيمتها وان كانت ثيبا فنصف عشر قيمتها ، وربما يخص ذلك بالحامل من مولاها فانها أم ولد تشبثت بالحرية فلا يجوز بيعها والتفصيل موكول الى محله ·

الرابع - : من مسقطات الرد بالخصوص حدوث عيب عند المشتري وتحرير ذلك ان العيب اما ان يكون قد حدث قبل العقد وبقي الى ما بعده واما ان يكون حدوثه بعده اما قبل القبض اوبعده والحادث بعد القبض اما ان يكون في اثناء خيار المشتري اوفي اثناء خيار البايع او في

اثناء خيارهما وعلى جميع التقادير فاما ان يكون حدوثه بآفة سماوية اومباشرة بشر اما البائع اوالمشتري اواجنبي ويظهر حكم عامة هذه هذه الصور مما تقدم ، والمقصود بالبيان هنا ان خصوص العيب الحادث عند المشتري بعد قبضه وانقضاء خياره مانع من الرد بالعيب المقارن للعقد سواء حدث في حينه اوقبله ، ولكن اذا كان العيب من فعل البائع او اجنبي فهو مضمون عليه لا على المشترى ولا فسخ بل يستحق المشترى ارش العيب ، والمراد هنا بالعيب الحادث المانع من الرد هو الاعم من العيوب الموجبة للارش الموجبة للخيار حسبما سبق ومن التغيرات الحسية والمعنوية الموجبة نقصا في المالية ـ فمثل تبعض الصفقة ونسيان العبد الكتابة وخياطة الثوب وصبغه وقطع الاخشاب كلها مانعة من الرد ان اوجبت نقصا في المالية وان لم تكن عيوبا اصطلاحية اوعرفية الا اذا قلنا بان العيب مطلقاً هو مايوجب نقص قيمة امثاله لولا هذا الوصف وعلى كل فهي كما عرفت مانعة من الرد اتفاقاً الا مانسب الى الشيخ المفيد قدس سره من ان العيب الحادث لا يمنع الرد مطلقا وهو خلاف المتفق عليه عند اصحابنا بل وعند اكثر فقهاء الجمهور .

نعم لورضي البائع به على عيبه فلا أشكال لأن الحق بينهما فاذا تراضيا فلا مانع ،،، هذا لب ماينبغي ان يقال في مسقطات الرد .

اما مسقطات الارش فقط فامران .

الاول ـ : مالواشترى ربوياً بمثله فظهر في احدهما عيب ، مثلا ـ لواشترى حنطة بمثلها وزنة بوزنة وظهر في احداهن عيب فان اخذ

الارش لايمكن لاستلزامه الربا واجازه بعض فقهائنا ونسبه الى بعض الشافعية بدعوى ان عدم الزيادة انما تعتبر في المتماثلين في ابتداء العقد والارش غرامة شرعية لاتقدح في العقد السابق حتى تعالى فجوز اخذ الارش من جنس العوضين فضلا عن غيره وهو محل نظر فان الارش تدارك وصف الصحة فهو كجزء من المبيع ولذا قالوا : الاوصاف اجزاء عقلية ، اللهم الا ان يقال ان الشارع في الربويين قد الغى وصف الصحة فصار سواء وجوده وعدمه ولذا لم يجوز وزنة ردية بنصف وزنة جيدة وان تساويا في القيمة واذا سقط وصف الصحة شرعا فليس الارش سوى حكم خارجي ، والمسئلة معقدة وقد التبس في المقام العيب والصحة بالجودة والرداءة ، وهي محتاجة الى ضرب آخر من التحقيق لا يتسع له المجال

الثاني - : العيب الذي لا يوجب نقصا في القيمة بل قد تزيد به والمثال المعروف له عند الفقهاء الخصاء في العبيد ولا يخلو من مناقشة ويمكن ان يكون منه العنب اذا فسد فانه قد يطلب باكثر من قيمته عنبا للتخليل أو التخمير والامثلة غير عزيزة

الثالث - : مايسقط الرد والارش معا ، وهي أمور .

« احدها » قبول المشتري كل عيب عند العقد قديمه وحادثه وهو اسقاط لحقه فيما يقتضيه العقد على المعيب من الخيار .

« ثانيها » براءة البائع من العيوب في العقد تفصيلا او اجمالا ، ومرجع البراءة هنا الى اسقاط كلما للعيب من أثر من خيار او ارش او غيرهما اولاً وبالذات لا ثانيا وبالعرض فلو تلف المبيع بالعيب السابق في خيار

المشتري لم يسقط ضمان البائع وان توهم البعض ذلك ، ولاريب ان القدر المعلوم من صحة البرائة من العيوب السابقة على العقد ، اما المتجددة الموجبة للخيار كالعيوب الحادثة قبل القبض او الحادثة فى العبد الى سنة فيشكل صحة البرائة منها لانها اسقـاط مالم يجب ويمكن تصحيحها بان العقد يقتضي الخيار عند حصولها ويكفي لصحة الاسقاط وجود المقتضي فليتأمل .

« ثالثها » علم المشتري بالعيب فان اقدامه على المعيب مع علمه يسقط حقه من الخيار لان الخيار انما جعل تداركا لجهله بالعيب فلا وجه له مع العلم.

ثم ان عد هذه الثلاثة من مسقطات الخيار مبني على ان وجود العيب بذاته مقتض للخيار فالبرائة تسقط اقتضائه ، والا فالعقد مع العلم بالعيب اوبرائة البائع منه اوقبول المشتري لم يثبت فيه خيار اصلا حتى يسقط باحد الامرين فهي من قبيل الدفع لا الرفع فليتدبر .

« رابعها » زوال العيب قبل العلم به سواء كان بعد القبض اوقبله وهو بالنسبة الى تأثيره في سقوط الرد ظاهر لأن المتبادر هورد المعيب حال الرد لارد ما كان معيباً ، اما الارش فقد ثبت بوجود العيب حين العقد وزواله حدث في ملك المشتري فسقوطه بعد ثبوته يحتاج الى دليل ، وربما تبنى المسئلة على قاعدة (ان الزائل العائد كالذي لم يزل او كالذي لم يعد) فيسقط الرد والارش على الاول ولا يسقط شيء منهما على الثاني ولكن لااثر لهذه القاعدة عند فقهائنا بل يتبعون في كل قضية مايستفا من دليلها من الكتاب والسنة .

« خامسها » التصرف في المعيب بعد العلم بالعيب فانه يسقطهما معاً اما سقوط الرد فظاهر ، وأما سقوط الارش فلأن التصرف دليل على الرضا بالمعيب ، ودعوى ان الرضا بالمعيب لايدل على الرضا بالعيب مدفوعة بان ظاهر الرضا بالشيء قبوله على الاطلاق ، أي من دون قيد الارش وكذا .

« السادس » وهوالتصرف في المعيب الذي لم تنقص قيمته فان الرد يسقط بالتصرف والارش ساقط بعدم النقص .

« سابعها » تأخير الرد والطالبة بالارش بناء على فورية هذا الخيار كما لايبعد .

وقد تذكر مسقطات أخرى ولكن ماذكرناه اشهرها واظهرها وجدول المسقطات عموماً كما يلي

مسقطات الرد فقط .

(١) اسقاط الرد في العقد والتزام الأرش لوظهر معيباً .

(٢) تصرف المشتري في المبيع تصرفا مانعا من الرد .

(٣) تلف العين عند المشتري .

(٤) حدوث عيب عند المشتري ومنه تبعض الصفقة .

مسقطات الارش فقط .

(٥) العقد على ربويين وقد ظهر العيب في احدهما .

(٦) العيب الذى لايوجب نقص القيمة .

مسقطاتهما معاً

(٧) العلم بالعيب قبل العقد

(٨) براءة البائع من العيوب في متن العقد .

(٩) قبول المشتري بكل عيب في متن العقد .

(١٠) زوال العيب قبل العلم به .

(١١) التصرف في المعيب الذي لم ينقص العيب قيمته .

(١٢) حدوث العيب في المعيب الذى لم ينقصه العيب .

(١٣) تأخير الأخذ بالخيار فسخاً اوارشاً اوامضاه .

والى بعض هذه المسقطات اشارت (المجلة) في مادة (٣٤١) المتضمنة ان قبول المشترى مسقط ومادة (٣٤٢) المتضمنة براءة البائع ومادة (٣٤٣) هي عين مادة (٣٤١) وان تضمنت عدم سماع دعواه بعدقبوله بالمعيب ومادة (٣٤٤) المتضمنة ان التصرف بعد العلم بالعيب مسقط للخيار ومادة (٣٤٥) المشتملة على بيان ان حدوث العيب الجديد عند المشتري يسقط الخيار بالعيب القديم، فاقتصرت على ذكر اربعة من المسقطات (القبول ،البراءة ، التصرف ، حدوث العيب الجديد) وأهملت ذكر تسعة على أن الذي ذكرته لم تميز فيه بين مسقط الردفقط من مسقط الارش او مسقطهما معاً .وهذه ومضة مما ذكره اصحابنا في هذا المقام ليس لنا فيه الا طرافة البيان وحسن التحرير .

ثم ان التصرف كما أشرنا اليه سواء كان موجباً للتلف الحقيقي او الحكمي أم لا ، وسواء كان دالا على الرضا ام لا ، لا يوجب الا سقوط الرد وله المطالبة بالارش فما في (مادة ٣٤٤) لوعرض المبيع للبيع بعد اطلاعه

على عيب قديم فيه كان عرضه للبيع رضا بالعيب الخ ، غير منقح لما عرفت ان الرضا بالمعيب ليس رضاً بالعيب فكان اللازم ان تقول لا برده وله المطالبة بالأرش .

(مادة :٣٤٦) نقصان الثمن يصير معلوماً باخبار أهل الخبرة الخالين عن الغرض ، وذلك بان يقوم الثوب سالماً ثم معيباً فما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب الى الثمن المسمى وعلى تلك النسبة يرجع المشترى على البائع بالنقصان

إذا تسالم المتبايعان على وجود العيب القديم وعلى مقدار التفاوت بين الصحيح والمعيب فلا أشكال في انه ينقص من الثمن المسمى بمقدار ذلك التفاوت اذا كان المسمى مساوياً للقيمة كما لو كان قيمة الصحيح عشرين وهي المسمى والمعيب خمسة عشر فيرجع بالربع ، اما لو كانت صحيحاً ازيد من المسمى ومعيباً مساوية اواقل، انقص من المسمى بتلك النسبة ، وكذا لو كان سالماً ومعيباً أنقص من المسمى ، او سالماً ومعيباً ازيد من المسمى ، وقد مثل لهذه الصور الاربعة في (المجلة) بقوله :

مثلا - لو اشترى ثوب قماش بستين قرشاً وبعد ان قطعه وفصله اطلع المشترى على عيب قديم فيه فقوم أهل الخبرة ذلك الثوب سالماً بستين قرشاً ايضاً ومعيباً بالعيب القديم بخمسة وأربعين قرشاً كان نقصان الثمن بهذه الصورة خمسة عشر قرشاً فيرجع بها المشترى على البايع ولو اخبر اهل الخبرة ان قيمة ذلك الثوب سالماً ثمانون قرشاً ومعيبا ستون قرشاً فبما ان التفاوت بين القيمتين عشرون قرشا وهي ربع الثمانين قرشا

فللمشتري ان يطالب بخمسة عشر قرشاً التي هي ربع الثمن المسمى ولواخبر اهل الخبرة ان قيمة ذلك الثوب سالماً خمسون قرشاً ومعيباً اربعون قرشا فبما أن التفاوت الذي بين القيمتين عشرة قروش وهى خمس الخمسين قرشا يعتبر النقصان خمس الثمن المسمى وهو اثنا عشر قرشا.

اما لو اختلفا في كونه معيبا ام لا او اتفقا واختلفا في التفاوت بين الصحيح والمعيب فالمرجع في المقامين الى اهل الخبرة بتلك السلعة في أصل العيب وفي قدر التفاوت، والمراد باهل الخبرة ـ العارف المتخصص بمزاولة تلك السلعة، الخبير بتلك الصنعة، بيعا وشراء اوعملا كالبزازين في الاقمشة والصياغين في الحلي وهكذا، ثم الرجوع اليه والاعتماد على قوله اما ان يكون من باب الاخبار عن القيمة السوقية، وان هذه الحنطة تباع اليوم في السوق بكذا فهو حينئذ اما من باب الشهادة فيعتبر فيها جميع ما يعتبر فى الشاهد من الحس والعدالة والتعدد وان كان من باب خبر الواحد وقلنا باعتباره في الموضوعات كفى العدل الواحد واما ان يكون اخباراً عن رأيه وانه بحسب معرفته ومزاولته لهذا النوع يعرف مزايا اصنافه وافراده ويقول: ان هذا ينبغي ان تكون قيمته كذا من دون نظر الى ان قيمتة السوقية كذلك ام لا فهو حينئذ من باب الفتوى ونظير الاجتهاد في باب الاحكام وتعيين حكم المفهوم الكلي لا يلزم فيه التعدد ولا الحس وتكفي العدالة فقط أي حصول الاطمئنان بمعرفته ثم بقوله وأما ان يكون من باب التطبيق وتعيين المصداق فقط بان يكون احكام

الانواع والكليات في السوق معلومة وانما الشك في اندراج هذا الفرد بأي الانواع فالعارف الخبير يعين أنه من النوع الفلاني وقيمته معلومة فيكون أشبه بباب الحكومة والقضاء فلا يحتاج الى التعدد ايضاً ، ويكفي الاطمئنان والثقة ، وخير هذه الوجوه الثلاثة اوسطها فانه من باب رجوع الجاهل الى العالم ، ويسمى في الاحكام فتوى واجتهاد وفي الموضوعات رجوع الى اهل الخبرة والملاك في المقامين واحد فليتدبر .

فلو اختلف المقومون فقيل يؤخذ بالاقل للاصل وقيل بالاكثر لأنه مثبت وقيل بالقرعة لأنها لكل أمر مشكل نظراً لعدم امكان اليمين لجهل كل من المتبايعين بالواقع حسب الفرض ، ويحتمل تعين الزام الحاكم لهم بالصلح ، والاصح لزوم الجمع والعمل بكلا القولين ولو في الجملة فاذا قال احدهما قيمته مثلا ستة وقال الآخر اربعة اخذنا نصف الستة ثلاثة ونصف الاربعة اثنين وجعلنا القيمه خمسة وهكذا ، ومدرك تعين هذه الطريقة امران

احدهما (قاعدة العدل) التي ذكرناها في القواعد العامة .

ثانيهما - :(قاعدة ان العمل بالدليلين المتعارضين) ولو في الجملة اولى من طرح احدهما تماماً والعمل بالآخر ، ولذا حكموا بالتنصيف فيما لو تعارضت البينتان في دار بيد رجلين يدعيها كل منهما وفيه جمع بين الحقين في الجملة وحرمان واحد في الواقع من بعض حقه اولى من ارتكاب مايوجب حرمان صاحب الحق . تماما

وكل من هذين الدليلين مقنع وان سالت أباطح الجدل باعناق

المناقشات والاشكالات عليها ، ثم ان الاختلاف اما ان يكون في قيمة المعيب فقط . او في قيمة الصحيح فقط . او فيهما معاً . فان كان الاختلاف مؤلفاً من اثنين جمعت القيمتان واخذ النصف . وان كان من ثلاثة اخذ الثلث وهكذا .

هذا بعد الاتفاق على العيب . اما لو اختلفا فيه فقال واحد انه صحيح لاعيب فيه . وقال الآخر : أنه معيب فلا ينبغي الاشكال في أن قول مدعي الصحة مقدم الا ان تكون هناك قرائن مقامية ترجح قول الآخر الذي هو على خلاف الاصل . وههنا ابحاث جمة . وتحقيقات مهمة . تطلب من مؤلفاتنا المبسوطة . وهذه ومضة من تلك البروق كافية انشاء الله .

(مادة : ٣٤٧) اذا زال العيب الحادث صار العيب موجبا للرد على البائع .

حق المعنى الصحيح ان يقال : عاد الخيار بالعيب فاما الفسخ او الامساك مجاناً او بالارش ، وهذا مبني على القاعدة المتقدمة في ضمن القواعد العامة _ اذا زال المانع عاد الممنوع وكان العيب الجديد مانعاً فاذا زال عاد الخيار بالعيب القديم . ثم ان من المعلوم أن ماذكروه من ان العيب الحادث عند المشتري يمنع من الرد بالعيب القديم اي الذي كان عند البائع وان المشتري ليس له الا المطالبة بالارش . كل ذلك معناه أن المشتري لاحق له ان يلزم البائع بقبول المعيب بالعيب الجديد وحاصله أنهما تساويا في السبب فسقط عن التأثير وليس مراعات احدهما باولى

من مراعات الآخر ، أما لو رضي البائع رد الثمن واخذ المعيب الحادث والقديم ، فذاك تنازل منه وليس للمشتري أن يلزمه بالارش بالضرورة وهو الوجه فى

(مادة : ٣٤٨) اذا رضي البائع أن يأخذ المبيع الذي ظهر به عيب قديم بعد أن حدث به عيب عند المشتري وكان لم يوجد مانع للرد فلا يبقى للمشتري صلاحية الادعاء بنقصان الثمن بل يكون مجبوراً على رد المبيع الى البائع أو قبوله ،،،

أما لو كان قد حصل مانع من الرد كالاسقاط اوزوال العيب قبل العلم فلارد بل ولاارش ، أو ما أشير اليه في (المجلة) بقولها : حتى ان المشتري اذا باع المبيع بعد الاطلاع على عيبه القديم فلا يبقى له حق في أن يدعي بنقصان الثمن ، مثلا ـ لو أن المشتري قطع الثوب الذي اشتراه اوفصله قميصاً ثم وجد به عيباً وبعد ذلك باعه فليس له ان يطلب نقصان الثمن من البائع لأن البائع له أن يقول : كنت أقبله بالعيب الحادث ، فبما أن المشتري باعه كان قد أمسكه وحبسه عن البائع .

وجدير هنا بان يتفطن بأنه لاداعي لهذا التطويل الذي هو بغير جدوى ولا طائل اذ قد عرفت فيما مر عليك أن تصرف المشتري بالمعيب بعد اطلاعه على العيب يسقط أصل خياره فلا فسخ ولا أرش ولا غير ذلك وصار العقد السابق لازما فلو باعه المشترى مع علمه بعيبه فقد التزم به ومضى عليه ولا حاجة الى قول البائع إني كنت أقبله بالعيب الحادث وعدم قوله ، وهذا من قبيل مايقول أهل المعقول من باب التعليل

بالعرضي مع وجود الذاتي فان عدم حقه بالمطالبة بالنقيصة من جهة تصرفه بعد الاطلاع لا من جهة قول البائع وعدم قوله .

وقد ذكرت (المجلة) في بعض موادها المتقدمة قريباً ان تعريضه للبيع مع علمه مسقط لخياره فكيف بوقوع البيع منه ، وقولنا ان حدوث العيب يمنع الرد وله المطالبة بالنقصان انما هو حيث لا تصرف ، اما مع التصرف والعلم فقد انتهى كل شيء . فتدبره . ولا تفوتك هذه المزايا في الزوايا .

و « القصارى » أنه قد ظهر لك من المباحث السابقة جلياً أن موضع تعين الارش هو تصرف المشترى في المعيب قبل العلم بالعيب تصرفا يمنع من الرد . والتصرف المانع من الرد هو الذي لا يبقى معه صدق كون المعيب قائما بعينه فان النص جعل قانون الرد هو قيام العين كما في مرسلة جميل المتقدمة : ان كان الثوب قائما بعينه رده على صاحبه وان كان قد قطع او خيط او صبغ رجع بنقصان العيب . اه . وهذا هو الذى تريد (المجلة) بيانه في مادة (٣٤٩) كل موضع لا يمكن للمشترى فيه ان يرد المبيع القائم في ملكه للبائع بدون رضائه او برضائه اذا اخرج المبيع عن ملكه (اى قبل علمه بالعيب) يرجع على بائعه بنقص الثمن ، بناء عليه الزيادة المتصلة الغير متولدة . وهي ضم شيء من مال المشترى وعلاوته الى المبيع تكون مانعا من الرد . مثلا - ضم الخيط والصبغ الى الثوب بالخياطة وغرس الشجر فى الارض من المشتري مانع من الرد . وبناء على الضابطة التى عرفتها للرد وعدم الرد تعلم ان الزيادات تختلف في ذلك من حيث

صدق قيام العين وعدم صدقه ، وتحرير المقام يحصل بتنقيح ان الزيادة أما متصلة او منفصلة ، والمتصلة أما الانضمام جسم خارجي اليها او بنمو من نفسها ولو بسبب خارجي ، والمنفصلة اما متولدة اوغير متولدة ، فالأولى كالصبغ والخياطة وغرس الاشجار و كلها تمنع من الرد لعدم صدق قيام العين معها ، أما الثانية فهي مثل سمن الدابة و كبرها وقوتها ، وهذه لا تمنع من الرد ضرورة صدق قيام العين ، أما الثالثة فمثل الشاة اذا ولدت والجارية اذا حملت . بناء على ان الحامل والحمل كالظروف والظرف فهي مبتنية على ان الحمل في الجارية عيب يوجب الرد كما هو المتفق عليه عند اصحابنا وحينئذ يكون حدثه عند المشتري مانعاً من الرد بعيب آخر قديم ولكنهم مع اتحاد ملاك المسئلتين اختلفوا هنا بين قائل بانه مانع مطلقا وبين من قيده بما اذا كان موجباً لنقص الجارية ، وقيل ليس بعيب كما هو الاشهر في غير الجارية كالشاة ونحوها من الحيوانات « وبالجملة » فالمسئلة لا تخلو من نظر وفيها خلاف مترامي الاطراف بين اصحابنا ، واذا رجعنا الى الضابطة وهي صدق قيام العين نجدها اشكل لعدم وضوح ان هذا المقدار من التغيير يمنع صدق قيام العين أم لا كما ان صدق العيب عليه غير معلوم فبعض يقول إنه زيادة ، وآخر يقول انه زيادة ولكنها في المعنى نقيصة لأنها معرضة للخطر خصوصاً فى الجارية التي يمنعها الحمل من كثير من الاعمال فضلا عن خطر الولادة والوضع هذا في الحمل الذي ليس هو بتصرف المشتري ، اما ما كان بتصرفه فلا اشكال في كونه مانعاً من الرد لأن الوطي من التصرفات

المانعة اتفاقاً كما سبق وان لم يكن مغيراً للعين فضلا عما اذا غيرها بالحبل وعند الشك في مورد فلابد من الرجوع الى الاصول العامة المقررة للرجوع اليها عند الشك وعدم الدليل القاطع .

(اما الصورة الرابعة) أعني الزيادة المنفصلة كالحنطة من الارض والتمر من النخل والاجرة من الدار وامثال ذلك فلا ينبغي الاشكال في انها غير مانعة من الرد مطلقا لصدق قيام العين بالضرورة ومن هنا يظهر لك وجه تقييد (المجلة) الزيادة المانعة من الرد بأنها هي المتصلة الغير متولدة فانها هي القدر المتيقن من الزيادة اماما عداها فبين ماهو محل خلاف وبين ماهو متيقن بعدم المنع فليتدبر .

(مادة : ٣٥٠) اذا وجد مانع للرد ليس للبايع ان يسترد المبيع ولو رضي بالعيب الحادث بل يصير مجبوراً على اعطاء نقصان الثمن حتى انه بهذه الصورة لو باع المشتري المبيع بعد اطلاعه على عيب قديم فيه كان له ان يطلب نقصان الثمن من البائع ويأخذه منه ، مثلا – ان مشترى الثوب لو فصل منه قميصاً وخاطه ثم اطلع على عيب قديم فيه ليس للبائع ان يسترده ولو رضي بالعيب الحادث بل يجبر على اعطاء نقصان الثمن للمشتري ولو باع المشترى هذا الثوب ايضاً لايكون بيعه مانعاً له من طلب نقصان الثمن وذلك لأنه حيث صار ضم الخيط الذي هو من مال المشتري للمبيع مانعاً من الرد وليس للبائع في هذه الحالة استرداد المبيع مخيطاً فلايكون بيع المشترى حينئذ حبساً وامساكاً للمبيع .

هذا البيان على طوله مشوش مختل والمعنى الصحيح فيه أنه اذا تصرف

المشتري في المبيع قبل علمه بالعيب تصرفا مانعـا من الرد فليس له الزام البائع بأخذه ، ولا للبائع ان يلزمه برده بل الوظيفة المقررة هنا اخذ الارش . فاذا طلبه المشتري صار البائع مجبوراً على دفعه ، اما لو تراضيا واتفقا على رده فلا اشكال في صحته لأن الحق بينهما فيكون المشترى اسقط حقه من الارش والبائع اسقط حقه من التصرف وتراضيـا على الفسخ ورد كل مال الى صاحبه كالاقالة وهي بنفسها، اما لو امتنع المشتري فليس للبائع جبره على رد العين ، لا لقضية ان ضم الخيط الذى هو مال المشترى صار مانعاً بل من اجل ان مثل هذه التصرفات أعني مثل القطع والخياطة والصبغ تمنع صدق قيام العين الذى هو ملاك صحة الرد سواء باعه المشترى ام لا ، فتدبر هذا جيداً

(مادة : ٣٥١) ما بيع صفقة واحدة اذا ظهر بعضه معيباً فان كان قبل القبض كان المشترى مخيراً ان شاء رد مجموعه وان شاء قبله بجميع الثمن وليس له ان يرد المعيب وحده ويمسك الباقي وان كان بعد القبض فاذا لم يكن في التفريق ضرر كان له أن يرد المعيب بحصتـه من الثمن سالماً وليس له ان يرد الجميع حينئذ مالم يرض البائع واما اذا كان في تفريقه ضرر رد الجميع اوقبل الجميع بكل الثمن مثلا لو اشترى قلنسوتين باربعين قرشا فظهرت احداهما معيبة قبل القبض يردها معاً وان كان بعد القبض يرد المعيبة وحدها بحصتها من الثمن سالمة ويمسك الثانيـة بما بقي من الثمن ، اما لو اشترى زوجي خف فظهر احـدهما معيباً بعد القبض كان له ردهما معاً للبائع واخذ ثمنهما منه .

تحرير هذه المادة على وجه التهذيب والتنقيح ، بحيث تنكشف الرغوة عن اللبن الصريح. يحتاج الى مقدار من البسط في البيان فنقول ومنه تعالى نستمد المعونة .

ان تبعض الصفقة لايتحقق اوالبيع صفقة واحدة لايتحقق موضوعه طبعاً الا بتحقق تعدد ما، والتعدد اما ان يكون في الثمن او المثمن واما ان يكون في البائع اويكون في المشترى فالصور اربع - :

اما (الاولى) و (الثانية) وهو ما لواشترى شيئا واحداً بدراهم اودنانير مثلا وظهر العيب فيه اوفي واحد منهما . اواشترى اشياء بدينار فظهر العيب فيه اوفى واحد منها فليس للبائع اوالمشترى تعددا اواتحدا ان يفسخ في المعيب منها ويقبل الصحيح بنسبته من الثمن لأن العيب ان كان في المبيع الواحد او الثمن الواحد . فان فسخ في جزء معين منه اومشاع استلزم الشركة وهي عيب يمنع من الرد وحينئذ فاما ان يقبل الجميع ويطالب بالارش . وما ان يفسخ في الجميع . وان كان العيب في واحد من الثمن المتعدد اوالمبيع المتعدد فالفسخ في المعيب المعين منها يستلزم التفريق على البائع وهو نقص مانع من الرد وقد يكون في تفريق امواله ضرر عليه سواء كانا من قبيل المصراعين او الخفين . اومن قبيل الثوبين او الكتابين المتباينين فان الضرر لا ينحصر في الاول غايته ان الضرر فيه اظهر واكثر ولوقيل لامانع من ان المشتري يجوز له الرد بخيار العيب ويجبر البائع دفعا لضرره بخيار تبعض الصفقة ويكون بهذا جمع بين الحقين قلنا ان هذه استحالة ظاهرة فان

معنى ان المشترى الرد بالخيار ان له سلطنة امساك الصحيح ورد المعيب فلو جعلنا للبائع ايضاً خياراً لكان معناه ان له سلب تلك السلطنة فيكون من قبيل ما يقال هذا امر يلزم من وجوده عدمه - فسلب سلطنته من اول الأمر بمنعه من رد المعيب وابقاه الصحيح فقط اولى واقوم من هذا واقوى ان تقول : ان القدر المعلوم من أدلة خيار العيب عامة او خاصة هو ان له الخيار في رد الجميع او امساك الجميع مجانا او بالارش ، اما امساك البعض ورد البعض فهذا مما لم ينهض عليه دليل اصلا واصالة اللزوم في العقود تدفعه بل تمنعه ، نعم لو وقع العقد على شيئين بثمنين كما لو قال : بعتك الثوب بدينار والكتاب بدرهم وظهر في احدهما عيب امكن القول بجواز الفسخ وامساك الآخر لأنه بحكم عقدين على شيئين وان كان في الظاهر عقداً واحداً ، ومع ذلك فلو كان في هذا التفريق ضرر على البائع ولو نوعا منعناه ايضا ، وقد تبنى المسئلة على ان المعيب عرفا او حقيقة ولو بالاعتبار هل هو تمام المبيع ولو باعتبار جزئه فلا يجوز حينئذ الا رد الجميع او المعيب هو خصوص ما تعلق العيب به وهو البعض المعين فيجوز رده بخصوصه بخيار العيب وقاعدة (المعيوب مردود) اما البعض الآخر وهو الصحيح فلا سبب فيه للرد وهذا الوجه وان كان لا يخلو من وجاهة ولكنه لا يخلو من نقاش والاصح في وجه المنع ما ذكرناه وصرح بعض الاعلام انه لو رضي البائع بأخذ المعيب جاز لأن الحق لا يعدوهما وهذا يؤيد ما ذكرناه قريبا من ان البائع لو رضي بأخذ المعيب بالعيب الحادث صح وكان كالاقالة فتدبر

اما (الصورة الثالثة) فهي مالو باع اثنان دارهما المشتركة وظهر فيها عيب واراد المشتري ان يفسخ حصة احدهما فلا ينبغي الاشكال في جوازه اذلا ضرر على احدهما بل العقد في الحقيقة عبارة عن عقدين فلا مانع من فسخ احدهما دون الآخر وهو واضح .

اما (الصورة الرابعة) وهي اذا اشترى اثنان دار واحد وظهر فيها عيب واراد أحدهما الفسخ وهنا لاشكال في لزوم تبعض الصفقة الواحدة على البائع الواحد ولزوم الضرر عليه في تبعض داره ودخول الشريك عليه فيها فالمنع فيها لعله أظهر من سائر الصور .

وقد تزيد الصور على ماذكرنا بتركيب بعضها مع بعض وحكم الجميع يظهر مما ذكرناه .

واحسب انك عرفت مواضع الخدشة في هذه المادة فان التفصيل بين ماقبل القبض ومابعده لاوجه له والحكم في الجميع سواء ، ثم التفصيل ثانيا بين ماهو من قبيل القلنسوتين اوالخفين ايضاً لاوجه له فان نفس التفريق وتبعيض الصفقة عيب وضرر في الغالب فهو من العيوب الحادثة المانعة من الرد ويصدق معه عدم قيام العين لأن المراد بالعين المبيع وهو المجموع لاابعاضه فليتدبر .

وعلى هذه القاعدة والملاك تتمشى ـ :

(مادة : ٣٥٢) اذا اشترى شخص مقداراً معيناً من المكيلات والموزونات ـ بل والعدديات ـ وبعدقبضه وجد بعضه معيباً كان مخيراً ان شاه قبله جميعاً وان شاه رده جميعاً .

اما رد المعيب وامساك الصحيح فلا ، لعدم مساعدة الدليل عليه اولا وللزوم الضرر على البائع ثانياً ، ولعدم صدق قيام العين ثالثاً ، وان كان الحكم هو المم في المكيلات واخواتها فجريانه في غير المكيلات كالدار والعقار والاقمشة بطريق اولى .

(مادة : ٣٥٣) اذا وجد المشتري في الحنطة والشعير وامثالهما من الحبوب المشتراة تراباً فان كان ذلك التراب يعد قليلا في العرف صح البيع ، وان كان كثيراً بحيث يعد عيباً عند الناس يكون المشترى مخيراً

هذه المادة والتي بعدها .

(مادة : ٣٥٤) البيض والجوز وما شاكلهما اذا ظهر بعضها فاسداً فالا يستكثر في العادة والعرف كالاثنين والثلاثة في المائة يكون معفواً وان كان الفاسد كثيرا كالعشرة في المائة كان للمشترى رد جميعه للبائع واسترداد ثمنه كاملا .

مرجعهما الى العادة والعرف فانهم يتسامحون بمثل هذه الاجناس تسامحاً بالصدق اوالمصداق ولكن الى حد مخصوص فاذا تجاوز ذلك الحد واخفاه البائع اولم يعلمه المشتري كان عيباً بل ربما تطبق عليه عناوين اخرى كالغبن والتغرير والغش والتدليس والخديعة وأمثالها وكلها محرمة تكليفاً كما هي محرمة وضعاً اي ذات اثر وضعي وهو استحقاق الفسخ اواخذ التفاوت .

وليس في الاسلام غش ولاخدع ولاخيانة ، ومن النبويات المشهورة (من غشنا فليس منا) و(لا غش فى الاسلام) وامثالها كثير ، وعلى

كل فالتسامح في الجملة في مثل الاطعمة والجوز والبيض والبطيخ والقثاء وامثالها مما لا اشكال فيه اذا كانت ذات كمية كثيرة لافي الواحدة والاثنتين والثلاث ، ولكن لايمكن تحديد ذلك التسامح وتعيين ضابطة له بأنه ثلاثة في العشرة اواقل اواكثر وفي تراب الحنطة انه ربع اوثمن في الحقة اوانقص اوازيد بل يختلف ذلك باختلاف البلدان والاشخاص والأزمان ، على ان تحقق التسامح العرفي في مثل الجوز والبيض حتى في الواحدة والاثنتين غير معلوم فاذا ظهرت فاسدة قد يطلبون استبدالها الا اذا كانت واطئة القيمة جداً كفلس او اقل ، نعم لا اشكال في التسامح في مثل التراب في الحنطة والماء في اللبن ، ويمكن ان نجعل الضابطة وجوده الاستقلالي ووجوده الفنائي فاذا كان التراب بحيث يرى ويشاهد بين الحنطة كان عيباً واذا كان فانيا بحيث لايرى الا بعد الغربلة والتصفية كان غير قادح ، ومع الشك وعدم معرفة حال العرف اوترددهم فالمرجع الى الاصول وهي تقتضي لزوم العقد وعدم الخيار ولكن له المطالبة بالنقيصة فليتدبر

(مادة : ٣٥٥) اذا ظهر المبيع كله فاسداً لامالية له فلا اشكال في أن البيع من أصله فاسد لأنه يتقوم بالعوضين ومع فقد احدها لا بيع .

الى هنا انتهى كلام (المجلة) في مباحث خيار العيب وبقيت المسئلة الثالثة من المسائل الثلاث التي ذكرنا أنها أهم مافي مباحث هذا الخيار وهي مسئلة الاختلاف والتنازع بين المتعاقدين لم تذكر (المجلة) شيئاً منها مع أهميتها وكثرة فروعها، ونحن نذكر رؤوس مسائل الخلاف

كرؤوس أقلام وندع استخراج حكمها الى (طلاب الحقوق)
كتمرين عملي على قوة الاستنباط فان هذه المسائل أعني مسائل الخصومة
والخلاف على اختلاف أشكالها وانحائها ليس فيها نصوص خاصة ، وانما
يستخرج الفقهاء احكامها من القواعد العامة التي مر عليك اكثرها في
اوائل (الجزء الاول) فان كنت اتقنت دراستها جيداً قدرت على
استخراج هذه الفروع بقليل من التأمل انشاء الله .

والمبحوث عنه من مسائل الخلاف هو خصوص مايتعلق بالعيب ، اما
الخلاف في مقدار المبيع اوجنسه اوقدر الثمن اونوعه فهذه خلافات عامة
في مطلق البيوع ليس محل ذكرها هنا .

إذاً فتنحصر مسائل الخلاف فى خيار العيب في ثلاث عناوين .

الأول ـ : في موجب الخيار وهو العيب .

الثاني ـ : في مسقطه.

الثالث ـ : في حصول الفسخ وعدمه .

أما الاول ففي مسائل .

الاولى ـ : لواختلفا في أصل حدوث العيب فادعاه المشتري
وأنكره البايع ، وحكمه واضح .

الثانية ـ : في كون الصفة الحادثة عيباً اوليست بعيب كما لو صارت
الدابة بطيئة السير او العبد كثير النوم حيث لايمكن الرجوع الى أهل
الخبرة ، أولم يكن عندهم حل هذه العقدة ، وهكذا في سائر مواضع
الخلاف .

الثالثة ـ : لو اتفقا على العيب واختلفا أنه هل كان حدوثه عند البايع فيوجب الخيار او عند المشتري فلاخيار ، فاستخراج حكمها لايخلو من غموض وفي طيها صور فتارة يعلم تاريخ العقد ويجهل تاريخ الحدوث واخرى بالعكس ، وثالثة يجهل تاريخهما معاً .

الرابعة ـ : لو اتفقا على ان هذه العين معيبة بعيب قديم ولكن البايع يقول : ليست هي العين التى بعتها لك ، والمشتري يقول : هي ، وحكمها ايضاً غامض .

اما الثاني وهو الاختلاف في المسقط ففي طي مسائل ايضاً .

الاولى ـ : لو اختلفا في علم المشتري بالعيب وعدمه وحكمه واضح .

الثانية ـ : لو اختلفا في براءة البائع وعدمها وهو اوضح ، وفيه رواية ان القول قول مدعي البراءة ، ولكنها ضعيفة ومختصة بموردها وهي مكاتبة جعفر بن عيسى .

الثالثة ـ : لو اختلفا في زوال العيب قبل العلم به واستخراج حكمه يحتاج الى تأمل

الرابعة ـ : لو اتفقا على زوال العيب ولكن البايع يقول : هو القديم والمشترى يقول هو الجديد ، وهو كسابقه .

الخامسة ـ : لو اختلفا بعد الاتفاق على عيب قديم في عيب مشاهد انه قديم أيضاً او حادث عند المشتري

السادسة ـ : لو ادعى البايع رضا المشتري بالعيب بعد علمه به او ادعى اسقاط الخيار أو تصرفه المسقط لخياره او حدوثه عند المشتري وانكر

المشتري كل ذلك .

وأما الثالث وهو الاختلاف في الفسخ ففيه ايضاً مسائل .

الأولى - : لو اختلفا في الفسخ بعد انقضاء زمن الخيار اوفي اثنائه فادعي المشتري أنه فسخ وأنكر البائع ، واذا لم يثبتِ الفسخ والفرض أن العيب الموجب محقق فهل يستحق الأرش كي لايخلو من الحقين ام ليس له ذلك لاعترافه بالفسخ ، واحتمل بعض الاعلام ان له اقل الامرين من الارش ومازاد من الثمن على القيمة إن كانت زيادة لأنه بزعمه يستحق الثمن ، وعليه رد القيمة ان كانت العين تالفة فيقع التقاص في القيمة من الثمن والزائد منه ان كان اقل من الأرش أخذه والا أخذ الارش ، فليتأمل .

الثانية - :لو اختلفا بناء على فورية خيار العيب في ان الفسخ وقع فوراً اوتأخر وفي طيها ايضاً صور .

الثالثة - : لو اختلفا في علم المشتري بالخيار وجهله اوعلمه بفورية هذا الخيار وعدم علمه وذلك فيما لو ادعى المشتري بعد العلم بالعيب انه انما لم يفسخ لجهله بان له الخيار اويعلم بان له خيار ولكن كان جاهلا بفوريته وأنكر البايع ذلك ،وعليك أيها الطالب بالتأمل التام في هذا المقام فان مرجع اكثر الصور الى تعاقب الحالتين المجهولتي التاريخ اوما تكون احداهما معلومة التاريخ والاخرى مجهولة ، والى الاستصحاب واصالة تأخر الحادث واشباه ذلك .

* * * * * *
*
* * * * * *

﴿ الفصل السابع ﴾

خيار الغبن والتغرير

والبحث فيه يقع من ثلاث نواحي - الموضوع ، والحكم ، والدليل معنى الغبن ومقداره ، وتأثيره ، ومدركه.

اما الأولى - : فاصله لغة الخدع ووسطه يحرك فيكون في الرأي ويسكن فيكون في المال والمعاملة ، وبهذا المعنى استعمله الشارع والمتشرعة وقيدوه ببعض الاعتبارات فقالوا : هو تمليك ماله بما يزيد على قيمته مع جهل الآخر ، وهذا تعريف له من جهة الغابن ، أما من جهة المغبون فيكون تملك مال بازيد من قيمته وتخصيصه بجهل الآخر غير متجه معانا نجد الاستعمال اوسع من ذلك عرفاً بل ولغة ، الاترى ان العارف بالشي قد يخدعه غيره بلباقته فيضله على علمه ويخدعه على معرفته فيكون علمه معه فلا ينفعه ، ولكن فقهاء الفريقين اعتبروا في تحقق موضوع الغبن المبحوث عنه اتصافه بشرطين .

الأول - : عدم علم المغبون بالقيمة فلو كان عالماً واشتراه باكثر فلا غبن ولا خيار فيختص بالجاهل بسيطاً اومركباً اوشاكاً اوناسياً ويلحق به الظان على تأمل بل قيل ان الشاك الملتفت الى الضرر ولو احتمالا اذا ارتكب فهو مقدم على الضرر وهو ممنوع بل ربما يرتكب برجاء النفع وامل السلامة كما هو الغالب في أعمال البشر فان اليقين بالنجاح متعذر او عزيز

نادر ، والمدار على القيمة حال العقد فلا أثر لزيادتها بعده ولو قبل علمه لأنها حصلت في ملكه والعقد وقع على غبن ولاعبرة بالزيادة والنقيصة بعد العقد اتفاقاً والاثر لعلم الموكل لا الوكيل الا ان يكون وكيلا مطلقاً لافي العقد فقط ، ثم ان اعترف الغابن بجهل المغبون فلا اشكال وان انكر فان كانت بينة فكذلك والا فالقول قوله بيمينه لانه منكر ولاصالة عدم العلم الا ان يقيم الغابن بينة على علمه او يمينه ان ردها المغبون عليه او يكون المغبون من أهل الخبرة بتلك السلعة بحيث يستبعد جهله بها فيتقدم الظاهر على الأصل على تأمل .

الشرط الثاني - : ان يكون التفاوت فاحشا اي بما لا يتغابن الناس بمثله واضطربت كلمات فقهاء الامامية وفقهاء المذاهب ايضاً في ضابطة التفاوت الفاحش حتى حكى عن مالك ان التفاوت بالثلث لا يوجب خياراً فان زاد ثبت الخيار ، وهذا افراط ، ويقابله تفريط (المجلة) فيما تقدم مادة (١٦٥) الغبن الفاحش غبن على قدر - ربع العشر في الدراهم ونصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار أو زيادة ، وكل هذه التقادير تحكمات وافتراض بغير دليل ، ولو ان زيادة العشر ونصف العشر توجب الغبن لبطلت التجارات وتعطلت المكاسب ولم يرتزق الناس بعضهم ببعض ولكن (كلا طرفي قصد الامور ذميم) والاحسن رد هذه الدعوى الى محكمة العرف ، اهل الاختصاص بتلك السلعة فهم يعرفون المقدار المعتدل في الربح ومازاد عليه او نقص يكون غبنا على البايع اوعلى المشتري ولا يتحقق غبن

عليهما في معاملة واحدة على شيء واحد نعم يجوز ذلك في شيئين بياعان في صفقة واحدة ولكل واحد منهما ثمن كما أنبأناك فيما سبق ، ولعل لعلماء الاقتصاد في هذا المقام شأن لاينبغي ان يغفل عنه .

و « الخلاصة » انه لو تحقق في المعاملة زيادة فان علم حالها من غبن أو عدمه ولو بالرجوع الى العرف واهل الخبرة فذاك ، ومع الشك فالمرجع الى اصالة لزوم العقد وعدم الخيار الا ان يكون هناك ضرر ولو شخصي لانوعي فتكون قاعدة الضرر حاكمة على اصالة اللزوم ويكون له الخيار ، هذا عصارة ماينبغي ان يقال في موضوع الغبن لغة وعرفاً وشرعا

اما « الحكم والدليل » فانهم جعلوا الغبن بواقعه او عند ظهوره موجباً لخيار المغبون على حد سائر الخيارات فيتخير بين الفسخ واسترجاع تمام الثمن او الامضاء بكل الثمن واستدلوا له (اولا) بقوله تعالى (الا ان تكون تجارة عن تراض) بتقريب ان البيع تجارة دلت الآية على مشروعيتها وجوازها وتكون لازمة بالتراضي وحيث ان المغبون غير راض واقعاً بشرائه باكثر من قيمته فيقع البيع جائزا غير لازم لفقد شرط اللزوم وهو الرضا فله امضاؤه وله فسخه ،،، وبقاعدة الضرر (ثانياً) فان لزوم العقد على المغبون يستلزم الضرر والخسران عليه وكل حكم يستوجب الضرر مرفوع بحكم القاعدة فاللزوم مرفوع وهو معنى الخيار ثم ايدوا ذلك بالاخبار الكثيرة الواردة بان غبن المسترسل سحت وغبن المؤمن حرام وفي رواية (لا يغبن المسترسل فان غبنه لايحل) وهكذا والانصاف ان هذه الادلة لاتنهض لاثبات تلك الدعوى لدى الفحص

والتمحيص ، اما الآية الشريفة فلا تدل على اكثر من ان التجارة اي البيع ونحوه عن تراض نافذ مشروع وليس اكلا للمال بالباطل اما انه بغير تراض يكون مشروعاً وجائزاً فاجنبي عنها مضافاً الى ان المغبون قد رضي بالمعاملة في اولها وهو كاف ولا عبرة بالرضا التقديري على ماحقق في محله ، واما القاعدة فهي وأن دلت على ارتفاع اللزوم المستلزم للضرر ولكن لاتعين ان الوظيفة بعد اللزوم هو الخيار بين الفسخ او الامضاء بل لعل الاقرب في مفادها ان الضرر مرفوع والضرر انما جاء من جهة الزيادة او النقيصة فلزوم العقد بالنسبة الى الزيادة او النقيصة مرفوع ولازمه ان له حق استرداد الزيادة من البايع او مطالبة المشتري بالنقيصة فيما اوباع باقل من الثمن ويبقى العقد على لزومه بالنسبة الى القيمة المطابقة فان لم يدفع الزيادة او التكملة تسلط المغبون بعدها على الفسخ وهذا المقدار المسترد تدارك له وجبر وبعبارة أجلى ارجاع ماله المأخوذ منه بغير حق اليه او التكملة لعوض ماله لا غرامة خارجية كما نخيله بعض الاعلام ولا هبة مستقلة كما تخيله آخرون ، واثر هذا ان الغابن لو بذل التفاوت لم يكن للمغبون الفسخ وحل العقد واسترداد كل الثمن كما حكم به المشهور حيث جعلوا للمغبون سلطنة الفسخ مهما كان الامر وهو رأي لا يعتمد على حجة ظاهرة اذ ليس عندنا دليل يقول ان الغبن يوجب الخيار للمغبون حتى نأخذ باطلاقه وليس الا قاعدة الضرر وقد عرفت ان الضرر يتدارك ببذل التفاوت وتبقى اصالة اللزوم في العقود بحالها فلا خيار الا بعد الامتناع عن بذل التفاوت ومع البذل فلاحق له في الفسخ ، اما الاخبار الواردة

في غبن المسترسل فهي ايضاً اجنبية عن قضيتنا وهي الى الاحاديث الاخلاقية او المتكفلة لبيان الاحكام التكليفية اقرب منها الى بيان الاحكام الوضعية فالمراد منها بعد التدبر فيها حرمة غش المستنصح في الرأي وخيانة المستأمن لك . الواثق بك ، وهو المعبر عنه بالمسترسل في تلك الاخبار اي المطمئن بك الغير متحذر منك. المرسل نفسه على سجيتها لديك ، اما السحت وان كان في الاموال ولكن الظاهر أن المراد منه في الخبر ان غبن المسترسل حرام كحرمة مال السحت والحاصل ان هذه الطائفة من الاخبار بمعزل عما نحن فيه ، ثم ان الغبن والتغرير مفهومان متغايران نعم هما متلازمان بحسب المعنى اللغوي العام فكل من غررته فقد خدعته وكل من خدعته غررته ولكن بحسب المعنى الخاص قد ينفك احدهما عن الآخر فقد يتحقق الغبن ولا تغرير كما او كان جاهلا فاشترى الشيء باضعافه من دون ان يكون احد دعاه اوحبذه له وقد يتحقق التغرير دون الغبن كما لو غرره في ارتكاب عمل ساقط فارتكبه فهنا تغرير من غير غبن فعطف (المجلة) احدهما على الآخر وتقييد الغبن بالتغرير واهن غير سديد واوهن من ذلك اعتبار التغرير في الغبن ثم استثناء المعاملة على مال اليتيم والوقف وبيت المال فان الغبن ان كان لا يؤثر الا بالتغرير فهو عام والا فالغبن موجب للخيار في الجميع واخراج تلك المواضيع تخصيص بلا مخصص سوى الاستحسان ، وباب العقود والمعاملات منوطة بقواعد عامة وأدلة كلية يتساوى فيها اليتيم وغيره والتقي والشقي والوقف والملك .

« وبالجملة » فالمتبع هو الدليل لا الرأي والاستحسان فافهم ذلك والتزمه . هذا اذا غبن احدهما الآخر اووقع احدهما في الغبن من نفسه من دون أن يغبنه أحد ـ اما لو كان الغابن اجنبيا كالدلال ونحوه فالظاهر أنه لايكون له خيار بل يرجع بالتفاوت على من غره بقاعدة (المغرور يرجع على من غره) على تأمل أيضاً ، فما في مادة (٣٥٧) اذا غر احد المتبايعين اوالدلال الآخر وتحقق ان في البيع غبناً فاحشاً فللمغبون ان يفسخ البيع حينئذ محل نظر ـ فان عمل الدلال او الاجنبي لا يصحح دخول الضرر على البايع مثلا بفسخ بيعه رغماً عليه فالمسئلة محل اشكال تحتاج الى إمعان نظر ازيد من هذا .

(مادة : ٣٥٨) اذا مات من اغر بغبن فاحش فلا تنقل دعوى التغرير الى وارثه .

بل تنقل على الاصح كما عرفت مكرراً .

(مادة : ٣٥٩) المشتري الذي حصل له تغرير اذا اطلع على الغبن الفاحش ثم تصرف في المبيع تصرف الملاك سقط حقه .

هذه المادة والتي بعدها تشير (المجلة) فيها الى مسقطات خيار الغبن وتحرير ذلك وتصويره باوفى بيان ان خيار الغبن يسقط بتلك المسقطات كسائر الخيارات (فالاول) اسقاطه بعد العقد بعد العلم بالغبن بلا اشكال بل وقبل العلم به ولا يرد عليه بانه اسقاط مالم يتحقق اذ يكفي تحققه الواقعي واقتضاء العقد له كما في اسقاط خيار العيب قبل ظهوره الذي تقدم أنه لامانع منه كطلاق مشكوك الزوجية وعتق مشكوك الحرية

الذي يدور مدار واقعه و كالبرائة من العيوب وبهذا الملاك يصح المصالحة عليه وان لم يتحقق بعد وان كان ضم شي الى الغبن المحتمل اولى .

(الثاني) - اشتراط سقوطه في متن العقد ولكن لايذهبن عنك ان اشتراط السقوط في العقد وان صح بالنسبة الى سائر الخيارات ولكن بالنسبة الى هذا الخيار كخيار الرؤية حسبما عرفت لايصح لأنه يستلزم الغرر من جهة الجهل بالقيمة ويمكن تصحيحه بان المدار في الغرر المبطل ان يشتري الشي بقيمة مجهولة القدر او بشي مجهول القيمة ، اما اذا اشترى بقيمة معلومة وان كانت زائدة على القيمة الواقعية المجهولة فلا غرر اصلا .

نعم يشكل ذلك في خيار الرؤية لأن العين الغايبة انما صح بيعها بغير رؤية لمكان الوصف القائم مقامها ومع تخلف الوصف يكون له الخيار فاشتراط سقوطه معناه الغاء اعتبار الوصف الذي به صح العقد وبدونه تبطل المعاملة لأنها تكون على عين غائبة بغير وصف ولا رؤية و كيف كان فالظاهر ان اشتراط سقوط خيار الغبن في العقد لامانع منه فتدبر .

(الثالث) تصرف المغبون باحد التصرفات المسقطة للخيار بعد علمه بالغبن الدال على الرضا بالعقد وامضائه جديداً والالتزام به مع غبنه ، اما التصرف قبل العلم بالغبن فلا اثر له لعدم دلالته على ذلك ومع الشك فى ان تصرفه عن رضا والتزام ام لا فالمرجع الى استصحاب بقاء الخيار .

(الرابع) تصرف المغبون قبل العلم بالغبن تصرفاً متلفاً للعين او بحكم التلف كبيع او عتق او وقف وهو محل نظر بناء على ان التلف في سائر الخيارات لا يقتضي سقوط الخيار فما وجه سقوطه هنا بهذه التصرفات التى لا تدل على الرضا بالعقد المغبون به لعدم علمه بالغبن حسب الفرض فالحاقه بسائر الخيارات يقتضي انه مع قيام العين وبقائها عنده على حالها يتخير بين الرد والفسخ على اسلوبهم ، ومع التلف حقيقة او حكما يسقط الرد لزوال الموضوع ويتعين اما اخذ التفاوت كأخذ الارش في خيار العيب مع امتناع الرد او الفسخ ودفع قيمة العين واسترجاع الثمن كما في خيار الحيوان والشرط وغيرهما وكلمات الاصحاب هنا غير منقحة ودليلهم غير واضح ، ولهم مباحث ذات عرض عريض يكفيك منها ، تخلنا لك بابه ، وفتحنا عليك بابه ، وعلى كل فالى هذين المسقطين اشارت (المجلة) في المادتين (٣٥٩، ٣٦٠) ولكنها خلطت في الاخيرة بين التلف السماوي بقولها : اذاهلك وبين حدوث العيب وبين التصرفات الغير متلفة كالبناء في العرصة ، وهذه الثلاثة ليست من نمط واحد بداهة ان التلف وحدوث العيب مسقطات مطلقاً سواء حدثت بعد العلم بالغبن اوقبله . اما بناء العرصة فانما يسقط اذا وقع بعد العلم فكان حقه ان يذكر مع اخواته في المادة التى قبلها . والحاصل ان تصرف المغبون ان كان قبل العلم بالغبن فالقاعدة تقتضي عدم تأثيره في اسقاط خياره لو علم غايته ان العين ان كانت موجودة وفسخ ردها وان كانت مفقودة رد المثل او القيمة او اخذ التفاوت وان كان بعد العلم فان كان دالا على

الرضا سقط الخيار مطلقاً سواء كان تلفاً او بحكمه املا وسواء كان من قبيل تصرف الملاك املا هذا كله في تصرف المغبون اما تصرف الغابن فلاريب في انه لا يسقط خيار المغبون فان فسخ ووجد عين ما له اخذها وان لم يجدها و كان الغابن تصرف بها ببيع اوشراء اووقف اونحو ذلك ، فهل تبطل تلك التصرفات ويسترد العين او ينتقل حقه الى المثل والقيمة او يفرق بين العقد الجائز فيبطل وبين اللازم فيبقى وينتقل الى المثل او القيمة ومثله الكلام لووجدها مستأجرة فهل تنفسخ الاجارة او يأخذها مسلوبة المنفعة اويأخذ عوض المنفعة وكذا لوزاد في الغبن غرساً اوصبغاً اومزجها بغيرها والفروع هنا كثيرة والمسئلة مشكلة والاقرب الرجوع الى المثل او القيمة وابقاء تلك العقود على حالها (الخامس من المسقطات) عند البعض التلف ، والتلف اما ان يكون اتفاقياً او بمتلف فان تلف مافي يد المغبون وكان اتفاقياً فقد عرفت ان البعض (ولعله الاشهر) يسقطون الخيار معتلين بعدم امكان الاستدراك اي زوال الموضوع وعرفت ان هذه العلة عليلة وان التدارك يمكن بالمثل او القيمة كما في غيره من أنواع الخيارات التي لا يسقط شيء منها بالتلف ، نعم قد تعترض هنا قاعدة (ان التلف في زمن الخيار ممن لاخيار له) فتزيل موضوع الخيار بانفساخ العقد قهرا ، كما عرفته مفصلا ، ولكنها على الظاهر مختصة بخيار المجلس والحيوان والشرط ، ولو تلف مايد المغبون بمتلف فاما ان يكون المتلف هو المغبون فلا اشكال في سقوط خياره حينئذ ضرورة ان تصرفه الذي هو اهون من التلف مسقط فكيف

بالتلف ، نعم يمكن الخدشة فيه بان التصرف المسقط هو الدال على الرضا فالاتلاف ان كان عن رضا والتزام بالعقد فهو والا فلا . واما ان يكون الغابن فخيار المغبون بحاله فان فسخ استرد من الغابن مادفعه من المسمى وان امضى اخذ منه غرامة العين ـ المثل او القيمة ـ وان كان المتلف اجنبيا وفسخ المغبون استرد من الغابن ثمنه المسمى ويرجع الغابن على الاجنبي بالمثل اوالقيمة وان امضى رجع على الاجنبي بالمثل او القيمة ولو تلف مافي يد الغابن فان كان اتفاقياً سماوياً وفسخ المغبون غرم له بدل الثمن المسمى وان امضى غرم له القيمة اوالمثل وان كان بمتلف فان كان هو الغابن بنفسه فكذلك في حالتي الفسخ والامضاء . وان كان المتلف هو نفس المغبون وفسخ رد الثمن ولا شيء له لأنه قد اتلف ماله وان امضى غرم للغابن المثل او القيمة وان كان المتلف اجنبياً وامضى المغبون رجع على المتلف بالغرامة وان فسخ تخير بين الرجوع على الغابن لأن يده كانت قد استقرت على ماله فان غرم الغابن له رجع على الاجنبي وبين الرجوع على الاجنبي لأنه هو المتلف وقرار الضمان عليه فاذا غرم له برئت ذمة الغابن لأن المال لا يضمن مرتين .

هذه صورة مصغرة وجرعة يسيرة من عين غزيرة من فروع هذا الاصل ومصاريع هذا الباب وبقي من مسائل خيار الغبن مسئلتان مهمتان تعرض لها بعض اعلامنا المتأخرين باوفى بسط من التحقيق وعلقنا عليه جملة من الملاحظات والنقوش وهما قضية جريان خيار الغبن في غير البيع من عقود المعاوضات المالية اللازمة كالاجارة والصلح والهبة

المعوضة وغيرها ، وادلة هذا الخيار من الآية وقاعدة الضرر تقتضي الاطراد في الجميع ولكن الاصحاب لم يذكروه الا في البيع ولكن هذا لا يقتضي الاختصاص مع عموم الدليل .

(الثانية) اختلف الفقهاء في ان هذا الخيار بعد العلم بالغبن هل هو على الفور او على التراخي واستدل الاول بما عرفت غير مرة من اصالة اللزوم فى العقود وخرج منه لدفع الضرر ساعة علمه بالغبن على اليقين ويبقى ماعداه من المشكوك في عموم اصل اللزوم وقد مر عليك في نظائره انه هو الاقرب ، واستدل الثاني باستصحاب الخيار الثابت حين العلم بالغبن على اليقين فيستصحب الى مابعده من الازمنة المشكوكة او الافراد المشكوكة وهذه المسئلة ايضاً من المسائل المعقدة وفيها تحقيقات عميقة وثيقة الارتباط بالقواعد الاصولية وعنوانها ان العام الافرادي - الزماني او الاحوالي - اذا تخصص بفرد اوزمان اوبحال قطعاً ثم شك في الزمان الثاني او الحال الثاني انه محكوم بحكم الخاص او بحكم العام - اصالة العموم تقتضي الثاني واستصحاب حكم المخصص يقتضي الاول ، مثلا اصالة اللزوم تقتضي وجوب الوفاء بالعقد والالتزام به في كل زمان وكل حال خرج حال العلم بالغبن قطعاً وادلة خيار الغبن ونشك عند الحال الثاني في بقاء الخيار كالحال الذي قبله اوانه فرد من العام يجرى عليه حكم العموم من وجوب الوفاء واللزوم هذا عنوان المسئلة وتحقيقها يحال الى الى محله من الموسوعات ولا يصلح هنا اكثر من هذا ، وبخيار الغبن انهت (المجلة) ابواب الخيار السبعة ، وقد عرفت ان كلا من خيار النقد

والوصف يرجع الى خيار الشرط ، وخيار التعيين لاربط له بباب الخيارات اصلاً ، وهو تخيير لاخيار ، وقد وقع في مثل هذا الوهم بعض شراح (المجلة) فاستدرك عليها خياراً سماه (خيار الاستحقاق) وقال انه من جملة الخيارات الاان (المجلة) لم تبحث عنه وان كثيراً من (الحكام) يقع في المشكلات العظيمة في دعاوي الاستحقاق والقانون المدني الفرنسي بحث عن الاستحقاق بمواد كثيرة ، وفسره بما ملخصه - :

« ان المشتري اذا اشترى مبيعاً وقبل قبضه ادعاه آخر بالاستحقاق كلا اوقسما وضبطه كدابة ضبط نصفها اودابتين وضبط احديهما ولم يجز البيع انفسخ البيع في القدر المستحق وتخير المشتري مع عدم علمه بين الفسخ في الباقي اوقبوله بنسبته من الثمن » انتهى .

وقد ذكر فقهاؤنا هذه الصورة في باب (من باع مايملك ومالايملك) وان المالك اذا اجاز وقلنا بتعميم الفضولي لمثل هذا البيع تم العقد ولا خيار للمشتري وان لم يجز اوقلنا بان اجازته لاتجدي صح البيع فيمايملك فقط وبطل من اصله في غيره الا انه ينفسخ ويكون للمشتري خيار بين الامضاء في الباقي وبين الفسخ فيه ، وهذا هو خيار تبعض الصفقة بعينه والقضية فرع من فروعه ، وليس هو خيار مستقل برأسه ، أما ماغرمه المشتري على تقدير قبض العين الغير مملوكة للبايع وتصرفاته فيها من غرس وبناء ونحو ذلك فقد ذكروا احكامها تفصيلا في باب (المقبوض بالعقد الفاسد) وجعلوا ضمانها على البائع ان كان المشتري جاهلا والبائع

عالماً ، وان كانا جاهلين او المشتري عالماً والبايع جاهلا فالضمان على المشتري واذا كان مغروراً من اجنبي رجع على من غره ، الى تحقيقات كثيرة . ومباحث واسعة ، طولا وعرضا .

ثم استدرك على (المجلة) بخيار آخر سماه (خيار الخيانة) وهو ما اذا ظهرت خيانة البايع في البيع بالمرابحة فللمشتري الخيار ان شاء ترك المبيع وان شاء قبله بجميع الثمن المسمى ، اه

ولاريب انك تطالب بدليل هذا الخيار فلا تجده وتلجأ الى القاعدة من صحة العقد ولزومه بمقدار الثمن الواقعي وتسقط الزيادة التي اتت من الخيانة اللهم الان تتشبث باذيال خيار الشرط وتقول ان الشرط كان بينهما ذلك وقد خالفه البائع فيتخير المشترى .

اذاً فهو من فروع خيار الشرط لا خيار مستقل ، ومثل ذلك الكلام في بيع التولية لو خان في بيان مقدار الثمن فاعرف هذا وتدبره جيداً .

(الفذلكة)

ان المتحصل من خيارات (المجلة) المتأصلة خمسة .

١ ـ خيار الشرط .

٢ ـ : خيار الوصف ، ان لم ترجعه الى الشرط على بعض الوجوه .

٣ ـ : خيار الرؤية .

٤ ـ : خيار العيب .

٥ ـ : خيار الغبن واضفنا الى هذه الأربعة ثلاثة أشرنا اليها باختصار

٦ ـ : خيار المجلس .

٧ ـ : خيار الحيوان .

٨ ـ : خيار التأخير .

وعليها اقتصر اكثر ارباب المتون من فقهائنا بدون خيار الوصف وفي (شرايع المحقق) ذكر خمسة ، وافرد العيوب في فصل منفرد، وذكر عدة خيارات في تضاعيف ابواب البيع وانواعه ، اما الشهيد قدس سره في (اللمعة) فذكر اربعة عشر ـ السبعة المتقدمة واضاف اليها سبعة .

١ ـ : خيار الاشتراط .

٢ ـ : خيار مايفسد ليومه .

٣ ـ : خيار الشركة .

٤ ـ : خيار تبعض الصفقة .

٥ ـ : خيار التفليس .

٦ ـ : خيار التدليس .

٧ ـ : خيار تعذر التسليم ، فيما لو باع وهو قادر على التسليم ثم تعذر بعد العقد قبل القبض كما لو ابق العبد اوشردت الدابة .

ومنه ما انقطع المسلم فيه عند الأجل فان المشتري ـ كما سيأتي انشاء الله ـ مخير بين الفسخ واسترجاع المسلم (أي المسمى) وبين الامضاء واخذ القيمه .

ويمكن ارجاع بعض هذه الاربعة عشر الى بعض بتكلف كما أنه بقيت خيارات كثيرة يذكرها الفقهاء في خلال انواع البيع وبحوثه ولم

يذكروا شيئاً منها في الفصل الذي عقدوه لتعداد الخيارات .

« منها » باب السلم .

و« منها » باب المرابحة _ لوبان ان البايع اخبر بما زاد على الثمن اولم يخبر بالاجل فان المشتري مخير بين الفسخ وبين الامضاء بالثمن الواقعي اومع الاجل وقدعرفت مافيه .

و« منها » خيار الورثة _ اذا باع مورثهم اكثر من الثلث باقل من ثمن المثل فانهم مخيرون بعد موته بين الاجازة والفسخ فيما زاد على الثلث وكذا الغرماء فيما لواستوعبت الديون التركة ونحو ذلك ،

والانصاف انها خيارات اصيلة ولكنها خاصة بموردها لاتتعدى بخلاف مثل خيار المجلس والشرط واضرابها الكثيرة الموارد الجارية في اكثر البيوع ، ولذا لم يذكروها الافي موردها الخاص .

خاتمة

« ابواب الخيارات »

قد جرت طريقة فقهائنا في الغالب بعد استيفاء البحث في كل نوع من انواع الخيارات ان يذكروا احكام الخيار من وجهة عامة لاتختص بخيار دون خيار ، وقد اغفلت (المجلة) هذا البحث مع أنه من أهم مباحث الخيار وافسح ابواب البيع في المجال ، لدقة النظر فيه وسعة الخيال وقد تقدم ذكر جملة من أحكام الخيار استطراداً في الفصول السابقة

على سبيل الايجاز ، مثل - ان (التلف في زمن الخيار ممن لاخيار له) وعرفت ان اليقين من هذه القاعدة لايتعدى الى اكثر من الخيارات الزمانية الامتدادية بطبيعتها كخيار المجلس وثلاثة الحيوان وخيار الشرط اما مثل خيار الغبن والعيب والرؤية ، سيما على القول بفورية هذه الخيارات ، فالقاعدة لاتتمشى فيها ، فلو علم المشتري بالعيب او الغبن مثلا . فان فسخ وتلفت العين فهي من مال البائع بالفسخ طبعاً لا بالقاعدة وان امضى اولم يعمل بخياره فسقط كان التلف عليه لا على البائع لصيرورة البيع لازماً وهكذا .

نعم لو تلفت العين في يد المشتري ثم ظهر أنه كان مغبونا فيها اومعيبة لم يسقط خياره ولا خيار البائع لو كان هو المغبون او الثمن معيباً ، اما التلف بعد القبض فالظاهر ان الشهرة اوالاتفاق على انه لا يسقط الخيار وان امضى كان التلف عليه واستقرت ملكية البائع للمسمى .

هذا من بعض ماتقدم ذكره من احكام الخيار مختصراً .

و « منها » ايضاً ارث الخيار فقد تكرر منا بيان ان كل خيار فهو موروث لأنه حق مالي فينتقل الى الورثة بقاعدة (ماترك الميت ،،،) خلافاً (للمجلة) في اكثر الخيارات تبعاً لبعض فقهاء المذاهب وعلى كل فلا اشكال في الارث على الجملة . انما الاشكال في كيفية ارثهم وهي قضية لاتخلو من غموض وصفوة الاحتمال او الاقوال في ذلك تتصور في ثلاث صور .

الاولى - : ان يكون لكل وارث خيار مستقل في الكل كمورثه

فلو اجازوا جميعاً وفسخ واحد من الورثة مضى الفسخ على الجميع في الكل نظير حد قذف الجماعة الذي لوعفى الجميع الا واحد كان له استيفاء تمام الحد ويدعي القائل بهذا انه هو ظاهر القاعدة المتقدمة المستفادة من النبوي فلا يجري ذلك في المال لعدم تعقل تعدد الملكية على مال واحد بخلاف الحق .

الثانية ـ : استحقاق كل واحد خياراً مستقلا ولكن في نصيبه فقط فلو اختلفوا في الفسخ والاجازة نفذ عمل كل واحد في نصيبه ويأتي حينئذ خيار تبعض الصفقة لمن عليه الخيار نظير مالواشترى اثنان مبيعاً لهما خيار فيه فاجاز احدهما وفسخ الآخر ،

الثالثة ـ : استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار فليس لكل واحد منهم ان يجيز لا في الكل ولا في نصيبه بل اللازم على الكل ان يتفقوا اما على الفسخ او الاجازة لأنه حق واحد انتقل اليهم ولا يقبل التجزئة كالمال فلامحيص من جعله بتلك الكيفية وأقرب الوجوه الوسط ثم الاخير وابعدها الأول .

وهناك تصورات أخرى بعيدة هي الى الخيال أقرب منها الى الحقيقة ولا يتسع المجال لا كثر من هذا ، ومن المسائل النظرية التي فيها عميق التحقيق في هذا البحث ارث الزوجة للخيار فيما تحرم من ارثه عندنا كالاراضي والعقارات ولنا فيه رسالة مفردة فريدة في بابها ، ولو كان الخيار لاجنبي فمات فهل ينتقل الى وارثه ـ عموم الدليل ـ واطلاقه يقتضيه والأعتبار لايساعد عليه ، ويكفي الشك في التوقف والاقتصار على المتيقن وهكذا

الكلام في العبد وان خياره لمولاه او لنفسه ،

ومن أحكام الخيار التي تقدم ذكرها - سقوطه بالتصرف وكان الملحوظ هناك ان التصرف مسقط والذي ينبغي ان يضاف اليه هنا ان التصرف كما يكون مسقطاً فيصير اجازة للبيع كذلك قد يكون فسخاً له

وقد ذكر فقهاؤنا رضي الله عنهم ان تصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه فسخ وفيما انتقل اليه اجازة ولكن كما ان التصرف لا يكون مسقطاً للخيار واجازة الا اذا كان دالاً على الرضا كما يستفاد من بعض ادلته كالصحيحة التي يقول فيها «فان احدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة فذاك رضاً منه ولا شرط له - اي لا خيار له - فكذلك يلزم تقييد التصرف المجعول فسخاً بما اذا كان قد قصد به الفسخ وكان له ظهور فيه لا مطلقاً ، فاللازم اناطة الفسخ بالتصرف الدال عليه كاناطة الاجازة بالتصرف الدال على الرضا ضرورة ان التصرف في ماله المنتقل عنه قد يقع على وجوه شتى غير قصد الفسخ واسترداد الملكية ، ثم ان بعض الاعلام استشكل في ان الفسخ هل يحصل بنفس التصرف فيكون سبباً بذاته او هو كاشف عن حصول السبب قبله وذكر ان كلمات بعض الاصحاب يظهر منها الاول ومن آخرين يظهر الثاني .

و « أقول » التحقيق عندنا أنه لا هذا ولا ذاك لا سبب مستقل ولا كاشف صرف بل هو جزء السبب للفسخ نظير العقد مع القصد في تأثير النقل والملكية وسائر الصيغ الشرعية . فالتصرف مع قصد الفسخ هو المؤثر في تحقق الفسخ شرعاً بل وعرفاً لا القصد وحده ولا التصرف وحده

وكلمات الاصحاب لاتأبى من ذلك وانه مع القصد سبب تام لحل العقد كما في سائر المقامات من عقود وايقاعات ، وعليه فهذا البحث مستدرك بجملته ، فليتدبر .

وعليه فلو باع ما انتقل عنه اورهن اواوقف تكون تلك الصيغ ذات أثرين هما - : فسخ فعلي ، وتمليك عقدي جديد ، وتوهم الدور لأنها موقوفة على الملك وهو لايحصل الا بعد الفسخ الذي لايحصل الابها .

و « بعبارة أحلى » البيع موقوف على ملكه . وملكه موقوف على بيعه الذي به يتحقق عود الملك اليه لان به يحصل الفسخ حسب الفرض مدفوع بانه من قبيل مايقال (دورمعية) ويكفي في صحة البيع حصول الملكية معه غايته أنه يملكه اولاً ثم يملكه (بالتشديد) ثانياً ويترتب الثاني على الاول ترتب المعلول على علته يتحدان زماناً ، ويتقدم احدهما على الآخر رتبة ، وقد التزم بعض تفصياً من هذا المحذور بان قصد الفسخ الذي يتعقبه التصرف ببيع ونحوه موجب للفسخ ودخوله في ملكه واقعاً فيصح البيع وهو وجيه ايضاً وان كان الاول اوجه وعليه يبتنى سائر التصرفات من وطئ اواكل او بيع اوهبة اوغير ذلك ، وفرعوا على هذا مالو باع عبداً بجارية ثم قال اعتقتهما فهل هو اجازة ان قدمنا عتق الجارية اوفسخاً ان قدمنا عتق العبد ، وبناء على ماذهبوا اليه من ان الفسخ مقدم على الاجازة يقدم الثاني ويلغو الاول ولكنه محل نظر ، فليتأمل .

« ومن أحكام الخيار » عند الاصحاب التي لم يتقدم لها ذكر - عدم جواز تصرف غير ذي الخيار تصرفاً يمنع من استرداد العين لوتحقق

الفسخ فقد قال الاكثر ان خيار البايع يمنع المشتري من التصرفات الناقلة ولكن في (شرايع المحقق) رضي الله عنه مانصه ـ :

« ويصح الرهن فى زمن الخيار سواء كان للبائع او المشترى او لهما لانتقال المبيع بنفس العقد على الاشبه » اه .

ومعلوم أنه اذا صح الرهن صح البيع وغيره من التصرفات لوحدة الملاك ، واضطربت هنا كلمات الاعلام ، فبين قائل بالمنع مطلقاً ، وقائل بالجواز مطلقاً ، ومفصل بين العتق الذي لايمكن فسخه لأن الحر لا يعود رقاً وبين غيره من التصرفات التي يمكن فسخها كالبيع ونحوه مما يمكن فسخه لوفسخ المالك الاول فينفسخ الثاني بفسخه ، وقد احتج كل فريق لماذهب اليه بحجة قوية وردها الآخر كذلك ، والبسط محال الى محله

و « لباب التحقيق » في هذا الباب وماتصير اليه من الرأي ـ ان الخيارات الأصيلة كالحيوان والمجلس ونحوها من المجعولات الشرعية اصالة بناء على ماعرفت مكرراً من ان العقد الخياري يؤثر الملكية ويحصل به النقل والانتقال كالعقد اللزومي لافرق بينهما الا بامكان رفعها واعادة الملكية السابقة ولازم تحقق الملكية المطلقة به جريان قاعدة السلطنة فله ان يتصرف في ملكه كيف شاء ولا وجه لمنعه من التصرف الا تعلق حق صاحب الخيار باسترداد العين فيكون حقه مانعاً من نقلها الى الغير او جعلها بحيث لايمكن استردادها كالوقف والعتق ونحوهما وليس هو باضعف من حق الرهن المانع من التصرف ، وهذا الحق وان كان

مما لامجال لدفعه ولكن اقتضائه المنع من التصرف ممنوع فانه لا يقتضي اكثر من رد العين ان كانت موجودة ورد بدلها ان كانت تالفة او بحكم التالفة ، ومحور القضية يدور على ان العقد الخياري أثره الملكية المطلقة ، والسلطنة التامة او الملكية المقيدة وبناء على مالا ينبغي الريب فيه من الاول فان الملكية الحاصلة بهذا العقد لاقصور فيها من حيث ذاتها ولا نقص أصلا ولا تفترق عن اختها الا بامكان ابقائها ورفعها وهي هي تلك الملكية بحقيقتها اذاً فلا مساغ لاحتمال عدم صحة بعض التصرفات معها فهو يتصرف بمقتضى ملكيته كيف شاء وصاحب الخيار حقه محفوظ يعمله متى شاء فان كانت العين موجودة اخذها والا اخذ المثل او القيمة كما لو كانت تالفة حقيقة ، وهذا هو مقتضى التوفيق بين الادلة والجمع بين الحقوق ،

هذا في الخيارات الاصيلة التي لاتقييد في أدلتها ، اما غيرها من الخيارات الجعلية كخيار الشرط فغراره غير ذلك الغرار . فان اشتراط البائع ان يكون له الخيار في الوقت المعين معناه أنه يريد استبقاء العين حتى يسترجعها فكأنه شرط ضمناً ابقاء العين حتى يستردها ، وهذا المعنى وان كان ملحوظاً في جميع الخيارات ولكنه فيها يشبه بالحكمة ،وفي خيار الشرط يشبه ان يكون علة وقيداً ، فلا يصح للمشتري ان يتلف العين باختياره ويمنع البائع من حقه في رد ذات العين الذي هو متعلق غرضه لا البدل من المثل او القيمة بخلاف تلك الخيارات الاصيلة التي جعلها الشارع فانها لاتدل على اكثر من ان له الفسخ وحل العقد ، اما ان العين يلزم

عليه ابقاؤها اولا يلزم فلا تعرض فيها لذلك اصلا فيبقى على القاعدة وهي كما عرفت، ومقتضى صحة التصرفات من بيع ونحوه ان تكون واقعة على طبيعتها من اللزوم فلو فسخ البيع الاول لا ينفسخ البيع الثاني بل يرجع الفاسخ (كما عرفت) الى المثل اوالقيمة، ومايقال من ان العقد الثاني قد قام على العقد الاول فاذا انهار بفسخ صاحب الخيار انهدم الثاني لانهدام اساسه مدفوع بانه ان اريد ابتناؤه على استمرار ملكية الاول فهو ممنوع، وان كان المراد ابتناؤه على ملكيته في الجملة ولو حين البيع فهو حاصل .

و« بعبارة اجلى » ان البيع الثاني وقع صحيحاً بملكية البائع ولا يقدح انحلال العقد بعد ذلك الذي لا يؤثر في التصرفات السابقة لأنها وقعت جامعة مانعة من موجب كامل في محل قابل وحفظاً لحق الخيار يكون اثر فسخه أخذ البدل واذا جاز البيع بل ماهو اشد منه من الوقف والعتق ونحوها فبالاولى جواز مثل الاجارة والعارية ونحوها مطلقاً .

ولكن في عروة السيد الاستاذ قدس سره - :

لا يجوز للمشتري ببيع الخيار بشرط رد الثمن للبائع ان يؤجر المبيع أزيد من مدة الخيار للبائع ولا في مدة الخيار من دون اشتراط الخيار حتى اذا فسخ البائع يمكنه ان يفسخ الاجارة وذلك لأن اشتراط الخيار من البائع في قوة اشتراط ابقاء المبيع على حاله حتى يمكنه الفسخ فلا يجوز تصرف ينافي ذلك، اه، وفيه مالا يخفى اذ اقصى ماهناك ان يقال بأنه موقوف على الاجازة لا عدم الجواز مطلقاً . بل والتحقيق

حسبما عرفت الصحة مطلقاً غايته ان له المثل اوالقيمة لوفسخ كما لوباع ، فليتدبر .

نعم لواشترط عليه ذلك اتجه المنع ولزم لوجوب الوفاء بالشروط

(فائدة)

شروط الاسباب والوسائل سواء كانت ايجابية كشرط ان يبيع اويوقف يعتق ، اوسلبية كشرط ان لايبيع اولايؤجر أولايهب يترتب عليها حكمان ، تكليفي يعني لوخالف فعل حراماً ، ووضعي فلوخالف وقع باطلا وتخلف الشرط هنا لايوجب خياراً اذلامعنى للتخلف في السلبية لما عرفت من البطلان في المخالفة ، ولو امتنع عن الوفاء بالشروط الايجابية كما لوشرط عليه ان يوقف فلم يفعل يجبره الحاكم الشرعى ، فان تعذر من كل وجه انجازه كان له الخيار فاعرف ذلك وتدبره .

و« من احكام الخيار عند بعض فقهائنا ولم يتقدم له ذكر ـ انه لايجب على البائع تسليم المبيع ولاعلى المشتري تسليم الثمن مدة زمن الخيار ولو تبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره وله الاسترداد ولا يجبر الآخر على التسليم ، وقيل ليس له الاسترداد بعد الدفع الا اذا فسخ ، وقد يدعى الاجماع على أنه لايجب على ذي الخيار التسليم ابتداء ، وبهذا قال أكثر فقهاء المذاهب اوكلهم ، ولكن هذا الحكم مخالف لما مر عليك غيرمرة من تأثير العقد الخياري ملكية المشترى للمبيع وملكية البائع للثمن وانتقال كل مال الى الآخر ومقتضى قاعدة السلطنة ان يدفع كل واحد الى الآخر ماله الذى انتقل اليه سيما مع المطالبة فكيف يجوز لكل منهما منع الآخر

عن ماله و (الناس مسلطون على أموالهم) .

و « بالجملة » فهذا الحكم لادليل عليه بل الدليل على خلافه واضح والاجماع لم نتحققه .

ومن جميع ما نضدناه من مباحث الخيار وأنواعه وأحكامه ظهر لك ان التلف لايسقط الخيار في جميع انواعه ، ومن المعلوم ان المراد منه التلف بعد القبض . اما التلف قبله فقد عرفت انه يوجب الانفساخ القهري فيزول موضوع الخيار بقاعدة (كل مبيع ...) اما التلف بعد القبض في زمن الخيار كتلف الحيوان بيد المشتري في الثلاثة فان جعلنا معنى قاعدة (التلف ممن لاخيار له . . .) كناية عن سلطنة المشتري على البائع فسخاً وامضاء فلازم هذا بقاء خياره فان اجاز استقر ملك البائع للمسمى وان فسخ استرده وتلف المبيع من البائع فالتلف حينئذ لايسقط الخيار وان جعلنا معناها انه ينفسخ العقد ويدخل المبيع في ملك البائع ويتلف من ماله لم يبق وجه لبقاء الخيار بل يكون نظير التلف قبل القبض .

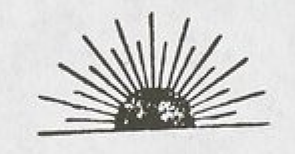
و « القصاري » انهذا مبني على ماذكرناه في أول الخيار من أنه ان كان سلطنة على العقد فالتلف لايرفعه، وان كان سلطنة على استرداد العين فلا معنى لبقائه بعد تلفها الا بتكلف بعيد عن الذوق والاعتبار بل وعن الادلة .

نعم حتى لوقلنا بأنه سلطنة على العقد يمكن دعوى كون التلف يسقط الخيار في الموارد التي علم ان المراد من تشريع الخيار رفع ضرر الصبر على العين كما في خيار العيب فلو تلفت ارتفعت حكمة تشريعه ولم يبق

وجه للخيار لعدم امكان الرد ولذا يتعين الارش هناك او الامساك مجانا . والفسخ وان امكن على ان يكون اثره المطالبة بالمثل او القيمة ولكنه خلاف نص الادلة التي اناطت الرد بقيام العين ومع التلف فاين قيام العين حتى ترد لذا انحصرت القضية بالارش وفي الغبن برد التفاوت اما خيار الشرط اوخيار رد الثمن فظاهر هذين الخيارين ابتناؤهما على ان رد الثمن انما هو لاسترداد نفس العين فهو متقوم بردها ذاتا فاذا امتنع ردها سقط الخيار طبعاً ، فتلخص ان الخيارات تختلف مع التلف فبعضها يثبت معه و بعضها يسقط فلابد من التأمل في كل مورد بخصوصة . وبقول مطلق ان الخيار ان كان هو الرد فهو ساقط بالتلف طبعاً وقطعاً . وان كان عبارة عن الفسخ فان كانت العين موجودة اخذها والا فالبدل وعليه فلا يسقط نوع من انواعه بالتلف الاماقام عليه الدليل كما في خيار العيب ونحوه .

« من أحكام الخيار ايضاً مما لم يذكر » انه لوفسخ ذو الخيار فالعين التي في يده حسب الفرض قد دخلت في ملك الآخر كما ان مافي يد الآخر قدرجع الى ملكه. فقاعدة اليد تقتضي ضمان كل منهما العين التي في يده للآخر وليس هنا استيمان ونحوه حتى يسقط الضمان فالمقتضي موجود والمانع مفقود في حق كل واحد منهما على صاحبه وببيان آخر ان العين في يد كل منهما كانت مضمونة قبل الفسخ بالمسمى ولما بطل المسمى بالفسخ الحادث ولم يك إئتمان لامالكي ولاشرعي لاقبل الفسخ ولا بعده فلا محالة ينتقل الضمان الى البدل الواقعي وهو المثل او القيمة .

ولنكتف بهذه الشذرات من مباحث الخيارات فقد التقطنا لك نفائس تلك المعادن المطمورة في كتب الاصحاب المغمورة بتعقيد البيان وعدم افادة التعبير ، واجادة التحرير ، فجلوناها لك بحمد الله تعالى كالوذيلة الصقيلة المرصعة باللآلي الناصعة ، من الرأى البكر ، والتحقيق الطريف ، المتدافع من منابع الوجدان ، ومنابج البرهان . والعلم السهل الممتنع ، والمنة لله وحده .





ولله الحمد

(يا أبتي استأجره ان خير من استأجرت القوي الامين)

الكتاب الثاني

في الاجارات

« ويشتمل على مقدمة وثمانية ابواب »

المقدمة

« في الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالاجارة »

(مادة : ٤٠٤) الاجرة والكراء بدل المنفعة ، والايجار هو الاعطاء بالكراء ، والاستيجار الاخذ بالكراء .

أصل هذه المادة الاجر الذي يفسر في اللغة ــ بجزاء العمل ــ وهو ظاهر في العمل الذي يكون جزاء للعمل ، ثم اتسع فشمل المال الذي يقع عوض العمل ، ثم اتسع فتناول عوض المنفعة ــ أي منافع الاعيان ــ وغلب استعماله واستعمال مشتقاته من المزيد كآجر والمجرد كأجر وايجار واجارة في المعنى العرفي المقتنص من ذلك المعنى اللغوي فصار يستعمل حتى تعين في لسان الشرع والمتشرعة في العقد الذي هو تمليك المنفعة بالعوض المعلوم كما هو المعروف من تعريفها عند الامامية وسائر فقهاء المذاهب وتستعمل الاجارة تارة اسماً بمعنى الاجرة واخرى مصدر بمعنى الايجار اومصدر (اجر) المجرد سماعاً او (آجر) المزيد وعلى كل فالاقرب ان المراد من قولهم (كتاب الاجارة) والاجارات ونحوها هو الايجار وما يتحقق به هذه المعاملة شرعاً وبيان احكامها والاجرة والكراء وان اتحدا في كونهما بدل المنفعة ولكن شاع ، وغلب

استعمال الكراء في بدل منفعة الدواب والأجرة في غيرها فيقال : كريت الدابة واكتريتها ، كما يقال آجرتها واستأجرتها ، واستأجرت الدار والعبد ، ولا يقال : كريت الدار ، الا نادراً .

ولا أهمية في كل هذا انما المهم تعريف الاجارة شرعاً تعريفاً يطابق الحقيقة او يقاربها ، وقد عرفتها (المجلة) مادة (٤٠٥) الاجارة في اللغة بمعنى الاجرة وقد استعملت في معنى الايجار ايضاً وفي اصطلاح الفقهاء بمعنى بيع المنفعة المعلومة في مقابلة عوض معلوم .

استعمال البيع في تعريف الاجارة يشبه ان يكون من قبيل تعريف الشيء بضده فان البيع مختص بنقل الاعيان والاجارة بنقل المنافع وهما متباينان مفهوماً ومصداقاً وكان اللازم أن يقال : هي تمليك المنفعة المعلومة بعوض معلوم كما هو التعريف الشايع عند الاكثر فان التمليك جنس وباضافته الى المنفعة خرج البيع وغيره من العقود الناقلة كالصلح والهبة مما يحصل به تمليك الاعيان ، نعم ينتقض في طرده بشموله للصلح على المنفعة وهبة المنافع هبة معوضة ، والعارية المعوضة كما قيل والجميع مدفوع بان حقيقة الصلح التسالم وهو يقع على المعاوضة وعلى غيرها وحقيقة الهبة تتقوم بالمجانية والعوض ليس للعين الموهوبة بل لذات الهبة والعارية اذا دخلها العوض كانت اجارة في الجوهر سواء سميتهما عارية اواجارة اوغيرهما ، فان الاجارة والعارية يشتركان في أنهما تسليط على المنفعة فان كان بعوض كان اجارة وان كان مجانا كان عارية فالاجارة والعارية في المنافع كالبيع والهبة في الاعيان بل

التحقيق ان العارية لا تمليك فيها ولا تسليط اصـلا لا على العين ولا على المنفعة بل هي إباحة الانتفاع لا تمليك المنفعة ولذا لا يستطيع المستعير نقلها الى الغير بعقد او غيره ؛ ومن هنا ينقدح الاشكال في عدها من العقود ولا تحتاج الى ايجاب وقبول بل هي بالايقاع أشبه وان شاع عندهم درجها في العقود .

أما الاجارة فهي وان كانت حسب الشايع عند الفقهاء عبارة عن تمليك المنفعة بعوض ولكنها بالنظر الادق سلطنة على العين من حيث ملكية منافعها فهي ايضاً من مقولة الملك والجدة ان أريد من الاجارة الاثر الحاصل والنتيجة والغاية وان اريد بها السبب والوسيلة فهي العقد الذي ينشؤ به التسليط على العين باعتبار ملكية منافعها وهـذا هو المراد من قول الفقهاء (كتاب الاجارة) و (كتاب البيع) ونحوها . وعليه فاركان الاجارة ثلاثة ـ العوضان . العاقدان . العقد ـ فيلزم البحث عن كل واحد منها وشرائطه وأحكامه وأحكام الاجارة .

اماما ذكر في (المجلة) في مقدمة الاجارة المشتملة على الاصطلاحات الفقهية فيها فهي مستدركة لاحاجة الى شيء منها ضرورة أنه مامن عربي عريق اولصيق الاوهو يعرف المستأجر (بالكسر) والمستأجر (بالفتح) والمأجور والاجير والاجرة ومحل الاستغلال أي الموضع المعد للايجار من غيره والمسترضع هو من استأجر ظئراً للرضاعة . فكل هذه المواد واضحات وتوضيح الواضح من العبث فيلزم لو حررت (المجلة) ونقحت حذف كل ماهو من هذا القبيل لذا لم نذكرها .

الباب الاول

« في الضوابط العمومية »

(مادة : ٤٢٠) المعقود عليه في الاجارة هو المنفعة .

لايخفى مافي هذا التعبير من التسامح بل الخلل فان عقد الاجارة يتسلط على العين ولكن باعتبار المنفعة لا على المنفعة مباشرة فتقول : آجرتك الدار ، ولاتقول : اجرتك المنفعة، ولو قلت : ملكتك المنفعة ،فالمشهور وان كان يظهر منهم الصحة ولكن صحته اجارة لايخلو من نظر فان حقيقة الاجارة تسليط على العين باعتبار المنفعة . فان قلنا بصحته فهو عقد بنفسه .

وتحرير البحث هنا بالنظر الدقيق يتوقف على بيان أمرين مهمين .

الأول - : منافع الاعيان من عقار اوانسان اوحيوان قبل العمل اوالاستعمال معدومة في الخارج بالضرورة ، والمعدوم لايصلح للعقد عليه اصالة وان امكن تبعاً ولكن المنافع مطلقاً وان كانت معدومة حقيقة ولكن لها باعتبار العقلاء نحو من الوجود قائم بوجود الاعيان قيام المظروف بالظرف والحال في المحل يعني قيام شي في شي وان كان

واقع أمرها أنها قيام شيء بشيء يعني قيام الصفة بالموصوف والعرض بالمعروض ولكن العرف قد يراها بنظار مكبر انها موجودات متأصلة مع الاعيان اوفي الاعيان فيصح بهذا الاعتبار لحاظها مستقلة وايقاع العقد عليها مباشرة بتمليك اووصية اوصدقة وهذه المعاني لاربط لها بالاجارة انما الاجارة لحاظ المنافع باحد الوجهين الأولين التي تلحظ بها المنافع قائمة بالعين قيام عروض او قيام حلول وبهذا اللحاظ يوقعون العقد على العين باعتبار تلك الشئون القائمة بها ، وقد عرفت ان هذه الشئون والمنافع هي المقومة لمالية العين ولكن تارة تندك في العين فيجري العقد على العين مطلقة مرسلة وأخرى على العين مقيدة محصلة ، فالاول هو البيع والثاني هو الاجارة ، ويلحق بالأول وان لم يكن من صميمه وحقيقته تمليك العين ، وبالثاني كذلك تمليك المنفعة .

ومن هنا يظهر لك التسامح في تعريفهم الاجارة بانها تمليك المنفعة والخلل في (المجلة) ان المعقود عليه في الاجارة هو المنفعة ، بل المعقود عليه في البيع والاجارة شيء واحد وهو العين ليس الا ، ولكن اللحاظ والاعتبار مختلف. وهذه المعاني ارتكازية عند العقلاء وان كان لايحسن تحليلها وتفكيك عناصرها الاانا اوانت ويغفل الكثير عنها والله ولي التوفيق للجميع .

الثاني - : لايذهبن بك الوهم كما توهم جماعة ان المراد بالمنفعة هنا خصوص المعاني التي لاعين لها في الخارج من الاعراض المقولية كسكنى الدار ولبس الثوب وعمل الخياطة بل المنفعة تعم حتى الاعيان اذا كانت

نماء لاعيان أخرى مثل الشاة وصوفها وثمرة النخيل والاشجار بل ويشمل نتاج الانعام واولادها فيصح أن يؤجر الدابة والشاة باعتبار جميع نماآتها حتى اولادها وتؤجره النخيل باعتبار كل منفعة فيه حتى التمر والسعف والكرب ولا يقدح في ذلك القاعدة المشهورة في ضابطة (مايصح اجارته) انه مالا تستهلك عينه بالانتفاع به ـ او ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فان جميع ذلك محفوظ فان الاجارة تعلقت بالشاة ولبنها وصوفها منافع لها وان كانت اعيانا ولا يضر استهلاكها مع بقاء عين الشاة وهكذا النخيل والاشجار وامثالها .

ومن هنا ظهر ضعف ماتوهمه بعض شراح (المجلة) حيث يقول ـ : الاجارة الواقعة على الحوض لاصطياد اسماكه اواخذ مائه وعلى الحرش لقطع اشجاره اولرعي الاغنام فيه اوعلى الاشجار لاخذ ثمارها . . . والاغنام لاخذ صوفها والابقار لاخذ حليبها ـ باطلة ـ بل الحق كما عرفت أنها جميعاً صحيحة ولاتزال السيرة جارية على اجارة الارض لرعي الاغنام في نباتها وعشبها (شاة مرتم) وكأنه توهم ان المنفعة مختصة بالاعراض التي لاوجود لها في الخارج الا في موضوعاتها ولم يعرف ان منفعة كل شيء بحسبه .

(مادة : ٤٢١) الاجارة باعتبار المعقود عليه على نوعين (النوع الاول) الوارد على منافع الاعيان ويقال للشيء المؤجر عين المأجور وتنقسم الى ثلاثة اقسام ، الاول ـ : اجارة العقار ، الثاني ـ : اجارة العروض كايجار الملابس والاواني ، الثالث ـ : اجارة الدواب ، (الثاني)

عقد الاجارة على العمل ، وهنا يقال للمأجور أجير كاستئجار الخدمة والعملة واستئجار أرباب الحرف والصنائع من هذا القبيل ، حيث ان اعطاء السلعة للخياط مثلا ليخيط ثوبا يصير اجارة على العمل كما ان تقطيع الثوب على ان السلعة من الخياط استصناع .

سكنى الدار وركوب الدابة كعمل الانسان من بناء اوحياكة اوصياغة وغيرها و كثمرة البستان ونحوها - كلها تندرج في المنفعة ويجمعها انها فوائد اعيان لاتهلك العين باستهلاكها ويستعمل في عمل الانسان انه اجير وفي الدابة والدار مستأجرة ومأجورة وليس الاستصناع كماعرفت في مثل خياطة الثوب وتقطيعه الاجارة على عمل . وكل عين يجوزايجارها واستيجارها باعتبار فائدة تحصل منها مع بقائها ولايخرج الا ماينحصر استيفاء فائدته بزوال عينه كالمأكولات والمشروبات والزرع من حيث هو لامن حيث الارض وهكذا .

(مادة : ٤٢٢) الاجير على قسمين، القسم الأول هو الأجير الخاص الذي استؤجر على أن يعمل للمستأجر فقط كالخادم الموظف . والقسم الثاني . هو الاجير المشترك الذي ليس بمقيد بشرط ان لايعمل لغير المستأجر كالحمال والدلال والخياط والساعاتي .

هذا التقسيم غير عام ولامستوعب والتقسيم الجامع العام في المقام ان الاجارة بجميع انواعها لعين من الاعيان او لحيوان اوانسان . امان تكون شخصية او كلية . والشخصية اما ان تكون مشخصة من كل جهة اومن جهة دون اخري - فالاقسام ثلاثة - كلية . كما لواستأجرته

على خياطة كلي معين بالوصف او خياطة هذا الثوب المعين ، وهذا واسع يدخل فيه اكثر الاجارات ومنه الأجير المشترك المذكور في (المجلة) الذي لم يقيد بشرط ان لا يعمل لغير المستأجر كالحمال والدلال والخياط والساعاتي فانهم مأجورون على عمل كلي وهو خياطة الثوب واصلاح الساعة مطلقاً من حيث المباشر ومن حيث الوقت فلا ينافيه ان يكون مستأجراً لمتعددين كما ان صاحب الزورق وامثاله يؤجر نفسه لايصالك الى المحل الفلاني في زورقه فلا يقدح تعدد الاجارة فان الاجارة وقعت على كلي في الذمة ، والذمة واسعة لاتزاحم فيما تشتمل عليه مهما تعدد

(الثاني) المشخصة من جهة اوجهات مخصوصة لامن كل جهة وهذه ايضاً ملحقة بالكلي ، ولكن الكلي المقيد كما لو استأجره على خياطة هذا الثوب ولكن بالنحو الخاص او الوقت المعين ومهما تكثرت القيود والشروط لاتخرج عن كونها كلية .

(الثالث) المشخصة من كل جهة كما لو استأجره على خياطة هذا الثوب بنفسه في هذه الساعة المعينة او في اليوم المعين وامثال ذلك، وهذه هي الاجارة الشخصية التي لامجال فيها للتعدد ، والاجير هو الأجير الخاص الذي لايجوز ان يعمل لغيره في ذلك الوقت المعين وسيأتي انشاء الله حكم الأجير الخاص لو خالف ما استؤجر عليه ، ومن هذا القبيل المستأجر على الخدمة شهرا معينا اوسنة معينة اوسنين هذا بالنسبة الى عمل الانسان ونظيره بالنسبة الى الاعيان من عقار اوحيوان فانك تارة تؤجره دابة اوداراً موصوفة باوصاف معينة فيجب ان تدفع له

داراً بتلك الاوصاف تكون مصداقاً لذلك الكلي الذي وقعت اجارتك عليه وتارة تؤجره هذه الدابة المعينة اوالدار المعينة فهذه اجارة شخصية فلو آجرتها من غيره ثانياً وقعت باطلة اوفضولية موقوفة على اجازة المستأجر الأول لأنه ملك منافع هذه الدار المعينة ، فقد ظهر من كل هذا ان الضابطة العامة والتامة هو ان الاجارة اما شخصية او كلية وباختلافهما تختلف الاحكام وليس المدار على الاجير الخاص اوالاجير المشترك بل على نحو الاجارة وكيفيتها .

ومنه ظهر مافي مادة (٤٢٢) الاجير على قسمين ، الأجير الخاص الذي استؤجر على ان يعمل للمستأجر فقط كالخادم الموظف الى آخر ماذكر ، فان عدم جواز عمله للغير انما هو من جهة ان الاجارة شخصية وان يعمل بنفسه في الوقت المعين ولو استأجره على حصول الخدمة وقضاء حوائجه المعينة في العقد جاز ان يقيم مقامه عاملا وهو يعمل للغير .

(مادة : ٤٢٣) كما جاز ان يكون مستأجر الاجير الخاص شخصاً واحداً كذلك يجوز ان يكون الاشخاص المتعددة الذين هم في حكم شخص واحد مستأجري اجير خاص ، بناء عليه لو استأجر اهل القرية راعياً على ان يكون مخصوصاً لهم بعقد واحد يكون الراعي اجيراً خاصاً ولكن لو جوزوا ان يرعى دواب غيرهم كان الراعي أجيراً مشتركاً .

لامعنى للتجويز هنا الا ان يكونوا قد استأجروه على حصول العمل الخاص وهو الرعي اما مقيداً بمباشرته اومطلقاً فتكون الاجارة كلية وله ان يعمل للغير امالو استأجروه على ان يجعل منافعه هذا الشهر او السنة

مقصورة على رعي غنمهم كانت الاجارة شخصية ولا يجوز ان يرعى غنم غيرهم بل ولا يجوز له اي عمل آخر .

(مادة : ٤٢٤) **الاجير المشترك لا يستحق الاجرة الا بالعمل .**

من الواضح ان التسليم والتسلم لازمان في الاجارة كلزومهما في البيع ولكن يمكن تحققهما بجلاء في البيع الذي هو معاوضة في الاعيان بخلافه في الاجارة التي هي تعوض على المنافع وهي لكونها تدريجية الحصول ومن الاعراض الغير قارة لا يمكن تسليمها وتسلمها دفعة كالاعيان اذاً فلابد ان يكون نحو التسليم والتسلم فيها بطور آخر وهو تسليم العين التي وقعت الاجارة على منافعها فاذا استأجرت الدابة للركوب فتسليم منافع الدابة او الدار تسليم عينها ليستوفي المنفعة منها فيسلمك الدابة وتسلمه الأجرة على نحو التقابض في البيع وان كانت الأجرة على عمل فتسليمه ان يهيئ معدات العمل فيحضر هو او من يتحصل به العمل وبذلك يتحقق التسليم ويستحق الاجرة ولكن جرت العادة في باب اجارة الاعمال نظراً الى احتمال عروض الموانع من الاستمرار على العمل الى تمامه ان تدفع الأجرة بعد استكماله وحقه ان يستلمها عند التهيؤ والشروع فان الشخص هنا كالعين هناك فكما انه اذا سلم الدار المستأجرة يستحق الاجرة كذلك هنا اذا سلم نفسه اونفس المستأجر على العمل يستحق الأجرة ولافرق في ذلك بين الاجير المشترك او الخاص وعبارة (المجلة) في هذه المادة مجملة لا يعلم هل المراد ان الأجير المشترك لا يستحق الاجرة الا بالعمل اي بعد العمل اوعند الشروع بالعمل ولكن

يظهر ان المراد الاول من مقابلته بالاجير الخاص في مادة (٤٢٥)
الاجير الخاص يستحق الاجرة اذا كان في مدة الاجارة حاضراً للعمل
ولا يشترط عمله بالفعل ولكن ليس له ان يمتنع عن العمل واذا امتنع
فلا يستحق الاجرة .

و « التحقيق » ما اوضحناه لك من عدم الفرق بين الاجيرين من
حيث اصل الاستحقاق بمقتضى العقد وان جرت العادة نظراً الى تلك
الملاحظة على الفرق بينهما فافهم ذلك وتدبره .

(مادة :٤٢٦) من استحق منفعة معينة بعقد الاجارة له ان يستوفي
عينها او مثلها او مادونها ولكن ليس له ان يستوفي مافوقها مثلا لو استأجر
الحداد حانوتاً على ان يعمل فيه صنعة الحدادة له ان يعمل فيه صنعة
مساوية في المضرة لصنعة الحداد ولو استأجر داراً ليسكنها فله ان يضع
اشياءه فيها ولكن ليس لمن استأجر حانوتاً للعطارة ان يصنع فيه
صنعة الحداد .

هذه المادة مشوشة غير وافية بايضاح المراد واعطاء الضابطة وكان
يلزم ان تضم اليها المادة التي بعدها (٤٢٧) كل ما اختلف باختلاف
المستعملين يعتبر فيه التقييد مثلا — لو استكرى احد دابة لركوبه ليس له ان
يركبها غيره .

و « تحرير هذا البحث ببيان ينجلي به وجه الحقيقة .

انه يلزم في عقد الاجارة كما عرفت تعيين المنفعة او العمل المستأجر
عليه بنحو تنحسم به كل خصومة محتملة ورافع لكل غرر وجهالة ، فلو

استأجر دابة - فكما يلزمه تعيين الزمن لركوبها والمسافة ومن اين والى اين كذلك يلزمه ان يعين من الذي يركبها وهل هي شخصية فلا يستوفيها الا هو اوشخص معين ، او كلية يملكها هو ويستوفيها هو اومن يشاء واذا كانت للحمل لا للركوب وجب عليه تعيين الوزن وجنس المحمول من قطن اوحديد اوطعام وكذلك اذا استأجر حانوتاً يلزمه ان يعين المهنة التى يزاولها من حدادة أونجارة او غيرها من الصنايع التى تختلف تأثيراتها على العقارات وعلى الابنية وهي الاعمال التى يعتبر فيها التقييد والتعيين فان اوضح وقيد في متن العقد تعين وان أطلق يعني استأجر هذا الحانوت سنة معينة اوهذه السنة ولم يذكر مايشتغل فيه اواستأجر هذه الدابة للحمل من (النجف) الى (بغداد) ولم يعين الوزن والجنس فان كان هناك عرف ينصرف اليه الاطلاق ، اوقرينة مقالية اوحالية يبتني العقد عليها في تقييد تلك الجهات وتحديدها ، تعينت وصارت بحكم المذكور في العقد ، وان لم يكن عرف أشكل صحة العقد للجهالة والغرر الذي هما مثاراً للخصومة والنزاع وتشكك الاوضاع ، ولكن لو عينا صنعة اوصفة فتجاوزها فاما ان يكون التجاوز الى صنعة اخرى تغايرها بالحقيقة كما لو عينا الحدادة فتجاوزها الى النجارة او استأجر الدابة لحمل وزنة من الخشب فحمل عليها وزنة من الشعير مثلا ففيها تفصيل يأتي بيانه وان تجاوزها الى مايغايرها بالكم فقط فان زاد كما لو حمل عليها من الخشب وزنتين كان ضامناً ولصاحب الدابة الخيار بين ان يفسخ فيأخذ اجرة المثل على الوزنتين وبين الامضاء ويأخذ

اجرة المثل للوزنة الثانية، وان حمل عليها الانقص كما لو حمل عليها نصف وزنة صحت وليس للمستأجر المطالبة باجرة الباقي لأنه قد فوته باختياره

وقد ظهر مما ذكرنا - ان من استأجر الحانوت لصنعة من حدادة اوغيرها ليس له ان يشتغل فيه بصنعة مساوية للحدادة في المضرة اوزايدة عليها اوناقصة منها، نعم لو كان الاختلاف في المقدار فقط فان نقص صح ولاشيء وان زاد فالخيار الذي عرفت، كما ان قول (المجلة) في مادة (٤٢٧) لو استكرى احد لركوبه دابة ليس له ان يركبها غيره، انما يتم في الاجارة الخاصة الشخصية لامطلقاً ومنه يستبين الخلل ايضاً في مادة (٤٢٨) كل مالم يختلف باختلاف المستعملين فالتقييد فية لغو، مثلا - لو استأجر احد داراً على ان يسكنها له ان يسكن غيره فيها.

فان المالك اذا اشترط ان يسكنها المستأجر اما وحده او مع عياله ولا يسكن غيره فيها لزم الشرط وصح التقييد سواء كان يختلف باختلاف المستعملين أم لا وأدلة الشروط عامة، فلو خالف كان للمالك الخيار بين الفسخ ورد المسمى وأخذ اجرة المثل وبين الامضاء والمطالبة بالزائد - ان كان ثمة زيادة - نعم في الاجارة الكلية التي يملك فيها منفعة الدار المطلقة لا المنفعة الخاصة لامانع من ان يسكنها من يشاء ولكن بالمقدار المتعارف ايضاً بالنسبة الى ماتتحمله تلك الدار، فقول (المجلة) ان مالا يختلف - فالتقييد فيه لغو - على اطلاقه غير صحيح

(مادة :- ٤٢٩) يجوز للمالك ان يؤجر حصته الشائعة من الدار المشتركة لشريكه ان كانت قابلة للقسمة اولم تكن، وليس له ان

يؤجرها لغيره ولكن بعد المهاياة له ان يؤجر نوبته للغير

و « تحرير البحث » في اجارة المشترك أي المشاع - ان المشاع ان آجر الشريكان حصتهما لثالث او آجر احدهما على الآخر فلا اشكال وان آجر كل واحد منهما حصته لاجنبي فان كان المشاع يقسم للمستاجرين فلا اشكال ايضاً في صحة الاجارتين وانتفاعهما معاً ولا تزاحم وان كان لا يقسم فان امكن قسمته ولا ضرر يجبران عليها او يتفقان على الاجارة لاحدهما وقسمة الاجرة بينهما وان كان في قسمته ضرر فاما ان يتفقا على الاجارة الواحدة ايضاً وابطال الاخرى او يجبر الحاكم المستاجرين على المهاياة الزمنية فان لم يوافق الشريكان او المستاجران على شيء من ذلك اجبر الحاكم الشريكين على أحد الامرين من بيع المشاع من ثالث اوشراء احدهما حصة الآخر ، وليكن هذا أحد انواع ازالة الشيوع الشايع في المحاكم الرسمية في هذه العصور وهو الأمر الواقع الذي لا محيص عنه في مثل هذه الخصومات ويطرد في كل مالا يمكن قسمته من مثل الرحى والطاحونة ومكينة الماء ومكينة الخياطة وأمثالها

ومما ذكر عرفت القدح في قول (المجلة) وليس له - أي الشريك - ان يؤجر حصته لغير شريكه ، فانه لامانع من ايجار الشريك حصته لمن شاء بقاعدة (الناس مسلطون ،،،) غايته ان كلا من الشريكين لو آجر لاجنبي فحال المستاجرين حال المالكين لا يتصرف احدهما بالمشاع إلا برضا الآخر فان اتفقا فذاك وان اختلفا وتشاحا فالميزان ماذكرنا من المهاياة أو ابطال احدى الاجارتين اوازالة الشيوع بامر الحاكم

على اختلاف الصور

هذا كله في اجارة الشريكين معاً اواجارة احدهما الآخر ، واما اجارة احدهما فقط لاجنبي فلا يخلو اما ان يؤجر حصته من المشاع فقط أو يؤجر تمام المشاع ففي الصورة الاولى يقوم المستأجر مقام المالك الشريك تماماً فاما انتفاعهما بالعين معاً اوالمهاياة اوازالة الشيوع اوالقسمة على اختلاف انحاء العين المشاعة حسبما أشرنا له ، وفي الثانية تمضي الاجارة في حصته لزوماً وتبقى في حصة شريكه موقوفة على الاجازة فان حصلت نفذت والا بطلت ثم المستأجر يكون حاله مع الشريك حال شريكه الآخر ويجري ماسبق ، فتدبر هذا واغتنمه

و « الضابطة العامة » في المقام أنه متى حصل التشاح والنزاع بين الشريكين في المشاع في أنفسهما اوفى اجيريهما فالمرجع هو الحاكم ليجد حلا مشروعا لقطع مشاجرتهما ورفع خصومتهما ، ويختلف باختلاف الظروف والاحوال والبيئة والرجال .

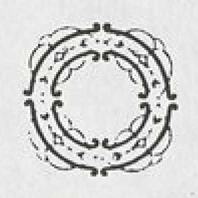
(مادة : ٤٣٠) الشيوع الطاري لايفسد عقد الاجارة ، مثلا ـ لوآجر أحد داره ثم ظهر لنصفها مستحق تبقى الاجارة في نصفها الآخر الشايع

هذا ليس من الشيوع الطارئ أصلا بل هو من الشيوع القديم ويمكن ان يجعل من الشيوع الطاري مالوآجر داره ثم باع نصفها او آجر فمات فانتقلت الى الورثة بناء على الاصح عندنا من عدم بطلان الاجارة بموت المؤجر كعدم بطلانها بموت المستأجر ، وعلى كل فقد عرفت ان الشريك اذا آجر تمام المشاع فهو فضولي بالنسبة الى حصة الشريك

الآخر ان شاء اجاز وان شاء فسخ سواء كانت الاشاعة معلومة من اول الامر اوظهرت بعد ذلك .

(مادة : ٤٣١) يسوغ للشريكين ان يؤجرا مالهما المشترك لآخر معاً مثل مادة (٤٣٢) يجوز ايجار شيء واحد لشخصين .

وكلاهما من الواضحات .



الباب الثانى

في بيان المسائل المتعلقة بعقد الاجارة

ويشتمل على اربعة فصول

(الفصل الاول)

في بيان مسائل ركن الاجارة

(مادة : ٤٣٣) تنعقد الاجارة بالايجاب والقبول كالبيع .

عرفت قريباً ان تحقق معنى الاجارة وأثرها وهو تملك المنفعة بالمال يقوم على ثلاثة اركان

١ ـ : العقد

٢ ـ : العاقدين ـ المؤجر والمستأجر ـ

٣ ـ : العوضين ـ المنفعة والاجرة ـ .

اما العقد ـ فهو الايجاب والقبول كما في البيع ولكن الصيغة الصريحة هي : آجرت و كريت ، والقبول هو : استأجرت وقبلت وما اشبه ذلك من الالفاظ الصريحة، اما مثل : بعتك المنفعة ، او : صالحتك اوملكتك فهو وان صح و كان نتيجته نتيجة الاجارة ولكن ليس هو منها بشيء فضلا عن مثل : اعرتك ووهبتك واضرابها وان سبق الى وهم كثير

من شراح (المجلة) دخولها في الاجارة ، وقد سبق مايوضح لك ذلك فتدبره .

كما أنك عرفت في [الجزء الاول] ان الصيغة الصريحة في عامة العقود هي صيغة الماضي دون الامر والاستقبال كما أوضحت ذلك مادة [٤٣٥] الاجارة كالبيع ايضاً تنعقد بصيغة الماضي ولا تنعقد بصيغة المستقبل .

[مادة : ٤٣٦] كما ان الاجارة تنعقد بالمشافهة كذلك تنعقد بالمكاتبة وباشارة الاخرس .

قد تقدم في مباحث البيع أن العقود لاتصح بالكتابة، والكتابة حاكية لامنشئة ، فهي تحكي عن الالفاظ والالفاظ تحكي عن المعاني ، اما اشارة الأخرس فمع عدم امكان التوكيل تكفي اذا افهمت ولا يقع شيء من العقود بالرسول ولا بالرسالة الا اذا كان الرسول وكيلا .

﴿ مادة : ٤٣٧ ﴾ تنعقد الاجارة بالتعاطي ايضاً كالركوب في باخرة المسافرين وزوارق الشوارع ودواب الكراء من دون مقاولة فان كانت الاجرة معلومة اعطيت والا اجرة المثل .

اذا كانت الاجرة معلومة او اتفقا على اجرة معينة كانت اجارة معاطاتية والا لم تكن لا من الاجارة العقدية ولا المعاطاتية لما عرفت في البيع من ان المعاطاه يلزم ان تكون واجدة لكل مايعتبر في البيع سوى العقد، نعم اذا استوفى المنفعة بغير تواطيء على الاجرة ولا معلومية لزمت اجرة المثل من باب الضمان والغرامة فتدبر .

﴿ مادة : ٤٣٨ ﴾ السكوت في الاجارة يعد قبولا ورضا ٠، مثلا — لو استأجر رجل حانوتاً في الشهر بخمسين قرشاً وبعد ان سكن فيه مدة شهر اتى الآجر وقال ان رضيت بستين فاسكن والا فاخرج ورده المستأجر وقال لم ارض واستمر ساكناً يلزمه خمسون قرشاً كما في السابق وان لم يقل شيئاً ولم يخرج من الحانوت واستمر ساكناً يلزمه اعطاء ستين قرشاً كذلك لو قال صاحب الحانوت مائة قرش وقال المستأجر ثمانين وابقى المالك المستأجر وبقى هو ساكناً ايضاً يلزمه ثمانون ولو أصر الطرفان فى كلامهما واستمر المستأجر ساكنا تلزمه اجرة المثل .

لعمرك انه حكم غريب لايساعده الوجدان ولا البرهان فان المالك اذا قال أنا لا ارضى بان تسكن داري بستين في الشهر فان رضيت والا فاخرج فقال الساكن لا ارضى واستمر ساكناً كيف يلزم المالك قبول الخمسين وقد صرح بعدم رضاه الا بستين .

و « بالجملة » فالمدار على قول المالك لا على رد المستأجر ، فان السكوت انما يكون رضاً حيث لا يكون مسبوقاً بالرد الصريح والمفروض ان المالك صرح بعدم رضاه الا بالستين وقد أمره بالخروج ان لم يرض وأي دلالة أصرح من هذا فهل يعقل ان يكون السكوت مزيلا لهذا البيان المعتمد على قاعدتي ﴿ لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه ﴾ و ﴿ الناس مسلطون على اموالهم ﴾ .

و « بالجملة » فهذا ليس من موارد السكوت الذي يعتمد عليه ويستند اليه بل يجب عليه في الفرض ان يدفع الستين وهكذا في نظائره .

نعم، الرجوع الى اجرة المثل في الصورة الاخيرة متجه كما لايخفى وفي الصورة السابقة له وجه، امامابقوله المستأجر فـلا يلزم به المؤجر قطعاً فليتدبر .

(مادة : ٤٣٩) لو تقاولا بعد العقد على تبديل البدل او تزييده او تنزيله يعتبر العقد الثاني .

المقاولة بعد تمامية العقد الاول لاتجدي ولاترفع ماوقع عليـه ذلك العقد، نعم لو فسخا العقد الاول وعقدا ثانيا يعتبر العقد الثاني والغا الاول

(مادة : ٤٤٠) الاجارة المضافة صحيحة وتلزم قبل حلول وقتها بناء عليه ليس لاحد العاقدين فسخ الاجارة بمجرد قوله ماآن وقتها

تقدم اصطلاحهم على ان الاجارة المنجزة هي الاجارة التي يتصل استحقاق المنفعة بها بزمان العقد، والمضافة هي التي يتأخر الاستحقاق فيها عن زمان العقد كما لو آجره الدار السنة التي بعد هذه السنة او بعد هذا الشهر وهكذا، ولا ريب عندنا في صحتها ولزومها كالمنجزة، وكل اجارة اذا وقعت صحيحة لا يسوغ لاحدهما فسخها كما في مادة (٤٤١)

الاجارة بعدما انعقدت صحيحة لايسوغ للآخر فسخها بمجرد ضم الخارج على الاجرة لكن لو آجر الوصي او المتولي عقار اليتيم او الوقف بانقص من اجرة المثل تكون الاجارة فاسدة وتلزم اجرة المثل .

اما انفساخ اجارة عقار اليتيم والوقف اذا كانت اقل من ثمن المثل فيمكن ان يكون وجهه هو ان اجرة المتولي اوالولي والوصي منوطة بالمصلحة فاذا لم توافق المصلحة تكون باطلة ولكن مع البطلان فان

استوفى المستأجر المنفعة يستوفي منه اجرة المثل والا فتؤجر بما فيه الغبطة لليتيم او الوقف فلعلها يحصل راغب بأكثر من اجرة المثل فلا وجه للقول بها على الاطلاق .

(مادة : ٤٤٢) لو ملك المستأجر عين المأجور بارث او هبة يزول حكم الاجارة .

اوضح مثال لهذا الفرع مالو استأجر داراً ثم اشتراها . ثم ان شراءه لها لايخلو اما ان يكون بعد استيفاء تمام المنفعة او بعضها او قبل استيفاء شيء منها ، اما الاولى فلا اشكال في صحة البيع والاجارة ويستحق المالك ثمن العين واجرة المنفعة وهو واضح ، وأما الثانية والثالثة فقد يقال ببطلان الاجارة فيهما بالنسبة الى الجميع في الاخيرة والثاني في الثانية بزعم ان الانسان لايدفع اجرة على الانتفاع بملكه وهو واضح الضعف فانه لم يدفع اجرة على الانتفاع بملكه بل على منفعة ملك غيره فانه قد تملك المنفعة ما كان يملك العين وحين ملك العين لم يبق فيها منفعة بل ملكها مسلوبة المنفعة كما لو اشترى داراً مأجورة لغيره .

و (الخلاصة) ان البيع اللاحق لايزاحم الاجارة الصحيحة السابقة ولا يبطلها بل كلاهما صحيحان مؤثران ، هذا بالنسبة العين وذاك بالنسبة الى المنفعة فحكم (المجلة) ببطلان الاجارة لاوجه له .

(مادة : ٤٤٣) لو حدث عذر مانع لاجراء موجب العقد تنفسخ الاجارة .

المقصود بهذه المادة بيان اسباب انفساخ الاجارة وبطلانها بعد وقوعها

صحيحة ، وقد احسنت « المجلة » في ضابطة الانفساخ اجمالا وهي العذر المانع من اجراء موجب العقد وتفصيل ذلك ان الانفساخ أما زوال العين التي هي محل الاجارة اوزوال المستأجر الخاص على العمل ، مثلا – لو استأجر هذه الدابة المعينة فماتت اواستأجره لقلع ضرسه فبرء او سقط اواستأجر الشخص المعين للعمل فمرض اومات فلااشكال في ان الاجارة تبطل في جميع هذه الفروض ، وكذ لواستأجر الدكان فانهدم .ثم إن كان زوال الموضوع قبل استيفاء شي من المنفعة فلااشكال في انها تنفسخ ويسقط تمام الاجرة وان كان بعد استيفاء مقدار منها فبالنسبة كالو ركب الدابة فماتت في منتصف الطريق فيمكن القول باستحقاق نصف الاجرة على تأمل ، ولعل المقامات تختلف فيلزم التأمل في كل مورد بخصوصه ومع التخاصم فالرجوع الى الحاكم احرى واحكم والله اعلم .

و ﴿ من موارد الانفساخ ﴾ ماذكر في (المجلة) من الامثلة لواستأجر طباخاً للعرس ومات احد الزوجين ، ويمكن المناقشة في المثال فان موت احد الزوجين لا يستلزم سقوط الطبخ فليكن الطبخ للعزاء لا للهناء ، نعم المثال الثاني صحيح وهو – من كان في سنه الم فاستأجر على اخراجه فزال الالم تنفسخ الأجارة و كذلك وفاة الصبي او الظئر لا بوفاة المسترضع وهذا البحث واسع وستأتي له امثله وفروع كثيرة .

الفصل الثانى

﴿ في شروط انعقاد الأجارة ونفاذها ﴾

شروط انعقادها هي شروط الصحة ، والأجارة عندنـا اذا صحت لزمت وليس فيها خيار ذاتي كخيار المجلس في البيع وخيار الحيوان وخيار التأخير ـ نعم تجري فيها الخيارات العامة كخيار العيب والغبن ونحوها كما سيأتي .

اما شرائط الصحة فتارة بالنسبة الى العقد واخرى الى المتعاقدين وثالثة الى الأجرة والمنفعة ، اما العقد فقد سبق القول فيه في الفصل الأول ، وكان ينبغي ان تخص (المجلة) هذا الفصل لشرائط المتعاقدين وتخص الأول بشرائط العقد ولكنها ادخلت بعضاً في بعض وخلطت فى الفصلين بين شرائط هذا وذاك ففاتها حسن التحرير ومتانة التاليف ، ففي مادة (٤٤٤) يشترط فى انعقاد الأجارة اهلية العاقدين يعني ، كونهما عاقلين مميزين ، ذكرت شرائط العاقدين من العقل والتمييز واهليـة التصرف بالملك اوالوكالة اوالولاية اوالوصية عن المالك ولكنها اقحمت فى خلال ذلك مادة (٤٤٥) المشتملة على ماهو من شرائط العقد وهو اشتراط موافقة الايجاب والقبول واتحاد مجلس العقد وكان حق هذا ان يذكر فى الفصل الاول .

وكيف كان فلا ريب فى فساد عقد المجنون حال جنونه عند الجميع وهو

عند الامامية من الشرائط العامة المعتبرة في صحة كل عمل من عبادة او معاملة واولها العقل ، وثانيها البلوغ ، ولكن بعض فقهاء المذاهب يكتفون بالتمييز عن البلوغ فتصح عندهم معاملة الصبي المميز ، اما الامامية فبين قائل با لبطلان مطلقاً وهم الأكثر وبين قائل انها موقوفة على اجازة الولي فيشبه الفضولي من هذه الجهة وان كان العاقد مالكا ، وهذا القول سديد ولعل القائل به كثير حتى من فقهاء المذاهب كالاحناف وغيرهم وقيل بنفوذه مطلقاً اوفي خصوص الوصية ونحوها مما ورد النص به والقائل به منا قليل .

اما توافق الايجاب والقبول فهو شرط ضروري وركني فلو وقع القبول على غير ماوقع الايجاب عليه لم يقع عقد اصلاً ، اما اتحاد مجلس العقد فغير لازم لاهنا ولا في البيع انما اللازم فيهما كما مرت الاشارة اليه في البيع - الموالات بين الايجاب والقبول - وتحصل بحفظ الهيئة الاتصالية بينهما بحيث لايعد القبول مبتوراً عن الايجاب ككلام مستقل وقد اوضحناه في (الجزء الأول) مفصلاً فراجع ، فاذا حصل التوالى بين الايجاب والقبول صح العقد من هذه الجهة سواء اتحد مجلس العقد ام تعدد فلو اوجب المؤجر في غرفة ثم قاما مصطحبين الى غرفة قريبة وقبل المستأجر حصل التوالى وان تعدد مجلس العقد وهو واضح .

(مادة : ٤٤٦) يلزم ان يكون الآجر متصرفا بما يؤجره او وكيل المتصرف اووليه اووصيه،،،هذه المادة لبيان اهم شرائط الاجارة كما كانت اهم شرائط البيع وهي اعتبار ملكية المؤجر او وكالته او ولايته عن

المالك ولكن قولها بناء عليه يلزم ان يكون الاجر الى الآخر- لايظهر وجهه فان هذا شرط برأسه لاعلاقة له بالمادة السابقة عليه وهي موافقة الايجاب والقبول و كان حق المعنى والتعبير ان تقول : يلزم ان يكون الآجر له حق التصرف في المأجور بملك اوولاية اووكالة اووصية ، وانواع الولاية ستة .

١ـ : ولاية الاب والجد على الصغير .

٢ـ : ولاية القيم المنصوب منهما .

٣ـ : ولاية الوصي على الثلث .

٤ـ : متولي الوقف .

٥ـ : الحاكم الشرعي ومنصوبه على الصغير الذي لاولي له من اب اوجد أومنصوبهما وعلى الغايب والمجنون والممتنع .

٦ـ : ولاية الامام على الاراضي الخراجية والانفال ونحوها .

اما الامانات فاذن لاولاية فتدبرها .

وهذه الولايات بعضها مع بعض قد تكون طولية وقد تكون عرضية فاذا اجتمع وليان او اكثر كأب وجد نفذ تصرف السابق منها وبطل اللاحق واذا اقترنا بطلا حيث لايمكن الجمع .

ومن العي في البيان قولهم يلزم ان يكون الآجر متصرفاً اى مالكا للتصرف فتدبره .

(مادة : ٤٤٧) انعقاد ايجار الفضولي موقوف على اجازة المتصرف ، فان كان المتصرف صغيراً اومجنوناً فالولي اوالوصي بشرط ان يكون

قد اوجر باجر مثله ، لكن يشترط فى صحة الاجازة قيام وبقاء اربعة اشياء ـ العاقدين ، والمال المعقود عليه ، وبدل الاجارة ان كان من العروض واذا عدم احد هؤلاء فلا تصح الاجازة .

يعني انها موقوفة على اجازة المالك فلو كان المالك صغيراً اومجنوناً فالولي اوالوصي اذا كانت الاجارة ببدل المثل ـ والاولى ان يقال اذا كانت الاجارة موافقة للغبطة والمصلحة اذقد تكون الغبطة فيما دونه ، وعلى كل فيعتبر فى صحة الاجازة ونفوذها بقاء أمرين فقط ـ المنفعة والاجرة ـ إن كانت عيناً خارجية لادينا فى الذمة اما العاقد الفضولي فلا اثر لبقائه وعدمه اذهو آلة للتلفظ فقط ، وأما المعقود له الأصيل فالأصح ايضاً اعتبار بقائه على الاهلية من الحياة والعقل وغيرها وان أمكن المناقشة فى ذلك فليتدبر .

الفصل الثالث

في شروط صحة الاجارة

[مادة : ٤٤٨] يشترط في صحة الاجارة رضا العاقدين .

حق هذا الشرط ولواحقه من القصد والاختيار ونظائرها ان يذكر فى الفصل المتقدم الذي ذكر فيه بعض شروط العاقدين من العقل والتميز ولا يحسن هذا التبعثر والخلل فى النظام وكان ينبغي قصر هذا الفصل على شرائط المنفعة والعوض كماهو اكثر مواده بل كلهاعدا الاولى .

ثم ان جميع مواد هذا الفصل قد اشتملت على شرطين من شروط

المنفعة والعوض ـ وهما : التعيين اولاً وتعيين كل شيء بحسبه والغرض المهم منه بيان كل مايكون الاخلال به موجباً للغرر او التشاجر بين المستأجر والمؤجر ، والقدرة على تسليم المنفعة او العين المؤجرة ثانياً ، فلا تصح اجارة الدابة الشاردة والعبد الآبق وامثال ذلك .

وجميع مواد هذا الفصل قوية متينة ونحن نوردها عليك درجاً تباعاً لوضوحها وعدم حاجتها الى تعليق او تحرير .

(مادة : ٤٤٩) يلزم تعيين المأجور بناءً عليه لا يصح ايجار احد الحانوتين من دون تعيين .

(مادة : ٤٥٠) يشترط ان تكون الاجرة معلومة .

(مادة : ٤٥١) يشترط في الاجارة ان تكون المنفعة معلومة بوجه يكون مانعاً للمنازعة .

(مادة : ٤٥٢) المنفعة تكون معلومة ببيان مدة الاجارة فى امثال الدار والحوانيت والظئر .

(مادة : ٤٥٣) يلزم عند استئجار الدابة تعيين المنفعة بكونها للركوب اوللحمل اوإركاب من شاء من التعميم مع بيان المسافة اومدة الاجارة .

(مادة : ٤٥٤) يلزم فى استئجار الاراضى بيان كونها لاي شيء استؤجرت مع تعيين المدة فان كانت للزرع يلزم بيان مايزرع فيها او تخيير المستأجر بان يزرع ماشاء من التعميم .

(مادة : ٤٥٥) تكون المنفعة معلومة فى استئجار اهل الصنعة ببيان العمل يعني بتعيين مايعمل الاجير اوتعيين كيفية عمله فان اريد صبغ الثياب

يلزم اراءتها للصباغ او بيان لونها او اعلام رقتها .

(مادة : ٤٥٦) تكون المنفعة معلومة في نقل الاشياء بالاشارة وبتعيين المحل الذي ينقل اليه مثلا - لو قيل للحمال انقل هذا الحمل الى المحل الفلاني تكون المنفعة معلومة لكون الحمل مشاهد والمسافة معلومة .

(مادة : ٤٥٧) يشترط ان تكون المنفعة مقدورة الاستيفاء بناء عليه لا يصح ايجاره الدابة الفارة .

الفصل الرابع

في فساد الاجارة وبطلانها

الفساد عندهم - غير البطلان - كما سبق في البيع فيريدون من بطلانها الخلل في اركانها ، ومن فسادها عدم استجماع شرائطها ، ومن هذا يظهر التسامح في مادة (٤٥٧) تبطل الاجارة ان لم يوجد احد شروطها مثلا - ايجار المجنون والصبي غير المميز كاستيجارهما باطل لكن لا تنفسخ الاجارة بجنون الآجر بعد انعقادها .

„ فان فقد العقل والتمييز فقد ركن لا فقد شرط ، نعم لو وقعت الاجارة صحيحة ثم عرض لاحدهما الجنون او فقد التمييز او الموت لم تبطل لان الاهلية شرط حدوثا لا استدامة ، وعلى كل حال فان هذا الاصطلاح اعني الفساد والبطلان عديم الفائدة فاقد الاثر ، ضرورة ان الاجارة سواء كانت فاسدة او باطلة ان علم المستأجر قبل الاستيفاء حرم عليه التصرف

ولو تصرف ضمن اجرة المثل ولو علم بعده لم يكن عليه الا اجرة المثل مطلقاً فاي فرق بين الفاسدة والباطلة في الأثر العملي ، اما الاجرة المسماة فلا تلزم ايضاً على كلا التقديرين وانما اللازم اجرة المثل بعد الاستيفاء مطلقاً ولافرق في ذلك بين مال الكبير والصغير والملك والوقف والعاقل والمجنون فالكل سواء امام القاعدة والقانون والقضايا الكلية ، وعليه فلا وجه لمادة (٤٥٩) لاتلزم الأجرة - أي المسماة - في الاجارة الباطلة بالاستعمال ولكن يلزم المثل ان كان مال الوقف او اليتيم والمجنون بحكم اليتيم .

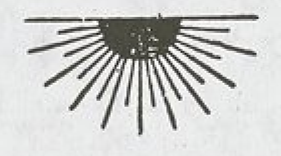
فان اجرة المثل لازمة في الباطلة والفاسدة وفي اليتيم وغيره وظهر ايضاً سقوط مادتي (٤٦٠ ، ٤٦١) الاجارة الفاسدة نافذة لكن الآجر يملك في الاجارة اجرة المثل ولا يملك الاجر المسمى .

فان النفوذ لامعنى فيه ولا أثر له هنا . والفاسدة والباطلة متساويان في استحقاق بدل المثل .

(مادة : ٤٦٢) فساد الاجارة ينشأ بعضه من كون البدل مجهولاً وبعضه عن فقد شرائط الصحة الأخر في الصورة الاولى يلزم اجر المثل بالغاً مابلغ وفي الصورة الثانية يلزم اجر المثل بشرط ان لايتجاوز الاجر المسمى .

هذا التفصيل غير مطرد ففي صورة جهل البدل لاريب في لزوم اجرة المثل اما في الثانية فان كان فساد الاجارة من جهة عدم الرضا كما لو كالو كان مكرهاً اوغافلا اوهازلا فاللازم بالاستعمال اجرة المثل أيضاً ، نعم لو كان الفساد من جهة عدم التعيين كما لو قال له : آجرتك احد

الحانوتين او احدى الدابتين بخمسة دراهم، فان اللازم هنا اقل الامرين منها ومن بدل المثل فلو كان بدل المثل سبعة لزمت الخمسة فقط لأنه قد رضي بها حسب الفرض ولو كان بدل المثل ثلاثة تعينت هي لا الخمسة لفساد عقد الاجارة بعدم التعيين وليس هذا من جهة الفرق بين الفساد والبطلان بل من جهة الرضا بالاقل مع بطلان العقد فتدبره جيداً، وتأمل .



الباب الثالث

﴿ في بيان المسائل التي تتعلق بالأجرة ﴾

﴿ ويحتوي على ثلاثة فصول ﴾

الفصل الاول

عرفت ان البيع والاجارة كليهما يقعان على العين ولكن البيع من حيث ذاتها ورقبتها والاجارة من حيث منافعها وغلتها ، وقوام المعاملات - بل العالم كله - بالحيثيات ولولا الحيثيات « كما قيل » بطلت الحكمة ، فالمعوض في البيع هو العين لاغير ، وفي الاجارة المنفعة فقط ، اما العوض فكل مال سواء كان عيناً اومنفعة ، عروضاً اونقوداً ، فكما يصح بيع الدار بمنفعة دار اخرى كذلك يصح اجارة دار بمنفعة دار اخرى .

و ﴿ الضابط العام ﴾ في بدل الاجارة ان يكون مالا معلوماً مملوكاً طلقاً مقدوراً على تسليمه ، وهذا كما يصلح ان يكون ثمناً في البيع يصلح ان يكون عوضاً في الاجارة سواء بسواء ومن كل هذا يظهر الخلل في مادة « ٤٦٣ » ماصلح ان يكون بدلا في البيع يصلح ان يكون بدلا في الاجارة ، ويجوز ان يكون بدلا في الاجارة - الشيء الذي لم يصلح ان يكون ثمناً ، مثلا - يجوز ان يستأجر بستاناً في مقابلة دابة اوسكنى دار .

اي ان عوض الاجارة يقع منفعة كسكنى الدار كما يقع عيناً مثل الدابة وهذا متجه واضح ولكن الذي لاينتجه كون بعض مايصلح بدلا في

الاجارة لايصلح ان يكون ثمنا ، بل الحق ماعرفت من ان كل مايصلح عوضا في الاجارة يصلح ثمنا في البيع وبالعكس فتدبره .

اما - : مادة (٤٦٤) ومادة (٤٦٥) فالمقصود منهما امر واحدوهو اعتبار معلومية بدل الاجارة وقد عرفت سابقا ان معلومية العوضين اللازمة في البيع تعتبر في خمس جهات - : الوجود ، والحصول ، والمقدار ، والجنس ، والوصف ، فان كان من المكيلات اوالموزونات عرف مقداره بكيله ووزنه وان كان من المعدودات فبعدده والا فبمشاهدته وهكذا ، وكل هذا يجري في بدل الاجارة وبدون معلوميته بذلك النحو تقع الاجارة باطلة ، وكان يلزم الاكتفاء عنهما بمادة واحدة فان الثانية تغني عن الاولى فانها مستدركة فيقال هكذا - : يلزم ان يكون بدل الاجارة معلوما بتعيين مقداره ووصفه ان كان من العروض اوالمكيلات اوالموزونات او العدديات المتقاربة ويلزم تسليم مايحتاج الى الحمل والمؤنة في المحل الذي شرط تسليمه فيه وان لم يبين مكان التسليم فالمأجور ان كان عقارا يسلم في المحل الذي هو فيه وان كان عملا ففي محل عمل الاجير وان كان حمولة ففي مكان لزوم الاجرة ، واما في الاشياء التي ليست محتاجة الى الحمل والمؤنة ففي المحل الذي يختار للتسليم .

هذه القضية ايضا لاتختص بباب الاجارة ولعله سبق في مباحث البيع الاشارة الى ان مايحتاج الى حمل ومؤنة سواء كان ثمنا اومثمنا وهنا ايضا سواء كان مأجورا اواجرة فان اطلق فالمتبع عرف البلد وان لم يكن عرف فاللازم التعيين في العقد فان لم يعينا كان باطلا للجهالة وكل هذا

انما يجيء في الاشياء المنقولة ومايحتاج نقله الى مؤنة اماغير المنقول فلا يدخل فى البحث أصلا و كذلك المنقول الذى لامؤنة فى نقله كالنقود، فقول (المجلة) اما فى الاشياء التي ليست محتاجة الى الحمل والمؤنة ففي المحل الذي يختار للتسلم ، غير سديد كما لايخفى ، اما العمل فينصرف عند الاطلاق الى محل العمل ان كان له محل كالدار والبستان والا فما يقع عليه الشرط .

الفصل الثانى

في بيان المسائل المتعلقة بسبب لزوم الاجرة و كيفية استحقاق الاجر والاجرة

« مادة : ٤٦٦ » لاتلزم الاجرة بالعقد المطلق يعني لايلزم تسليم بدل الاجارة بمجرد انعقادها حالا .

عرفت مكرراً ان كلا من العوضين فى البيع والاجارة يملكه الآخر بمجرد العقد ويجب على كل منهما دفع مافى يده الى الآخر فلو تشاحا اجبرهما الحاكم ويكفي فى اجارة الاعيان تسليم العين لاستيفاء منفعتها وفى العمل التهيؤ او تسليم العامل نفسه وبهذا يظهر ان الملكية لاتتوقف على التسلم والقبض ، نعم استقرارها يتوقف عليه فمن المتجه مافي مادة « ٤٦٧ » يلزم الاجرة بالتعجيل ، ولكن غير متجه قولها : يعني لو سلم المستأجر الاجرة نقداً ملكها الآجر ، فان الملكية كما عرفت لا تتوقف على التسليم بل يكفي العقد فى تحققها ، نعم انما تلزم بالتسليم والتسلم

فتدبر .

﴿ مادة : ٤٦٨ ﴾ تلزم الاجرة بشرط التعجيل ،،، يعني لوشرط اعطاء بدل الاجارة نقداً يلزم المستأجر تسليمه ان كان عقد الاجارة وارداً على منافع الاعيان اوعلى العمل ففي الصورة الاولى للآجر ان يمتنع عن تسليم المأجور ولكن الخيار لمن له الشرط لا لمن هو عليه فجعل الخيار لهما في المادة غير سديد وفي الصورة الثانية للاجير ان يمتنع عن العمل الى ان يستوفي الاجرة .

وعلى كلتا الصورتين لهما مطالبة الاجرة نقداً فان امتنع المستأجر عن الايفاء فلهما فسخ الاجارة ، هذا كله عملا بمقتضى الشرط واذا لم يف بشرطه كان للآخر خيار تخلف الشرط اذا كان الشرط في متن العقد .

﴿ مادة : ٤٦٩ ﴾ تلزم الأجرة باستيفاء المنفعة مثلا ـ لو استأجر احد دابة على ان يركبها الى محل ثم ركبها ووصل الى ذلك المحل يستحق آجرها الاجرة .

يراد من هذه المادة والتي بعدها ـ (مادة : ٤٧٠) ـ بيان امر واضح وهو أن الأجرة التي تملك بالعقد عندنا تصير لازمة بأمرين (الاول) استيفاء المنفعة (الثاني) القدرة على الاستيفاء ، فمن استأجر داراً سنة اوشهراً وصارت فى يده الى تمام السنة لزمته الاجرة سواء سكنها ام لا لان فوات المنفعة بيده بمنزلة الاستيفاء ـ فكان يلزم جعلهما مادة واحدة بأوجز مما ذكروه بكثير بل وتنضم اليهما مادة (٤٧١) لايكفي

في الأجارة الفاسدة التمكن على استيفاء المنفعة ولا تلزم الاجرة ان لم يحصل الانتفاع حقيقة .

وسر ذلك ظاهر فان الفاسدة اوالباطلة ليس لها اي اثر عقدي غايته انه ان استوفى المنفعة لزمه اجرة المثل ضماناً وغرامة لاعقدا ومعاملة فاذا لم يستوف المنفعة فاي حق عليه ؟ ، اما مع العقد وعدم الاستيفاء كما في الصورة المتقدمة فالعقد الزمه بالاجرة وهو قد فوت المنفعة على نفسه . ه

و « الحاصل » ان كل من استولى على مال غيره عيناً اومنفعة بغير عقد معه ولا رضا منه فهوضامن له بمثله اوقيمته سواء كان المال معدا للاستغلال أولا وسواء صدق عليه عنوان الغصب ام لا طالبه المالك بالاجرة ام لا، ومن هنا يظهر الخلل في مادة « ٤٧٢ » ومن استعمل مال غيره من دون عقد طالبه المالك بالاجرة فان كان معدا للاستغلال تلزمه اجرة المثل والا فلا، لكن لو استعمله بعد مطالبة صاحب المال الاجرة وان لم يكن معداً للاستغلال يلزمه اعطاء الاجرة لانه باستعماله في هذا الحال يكون راضياً باعطاء الأجرة .

فان الأجرة لازمة على كل حال ولا وجه للفرق بين ماهو معد للاستغلال وبين غيره ولا بين المطالبة بالأجرة وبين عدمها فان مال الغير لايحل الا باحراز الرضا ومع عدم احراز الرضا فهوضامن مطلقاً ، والرضا اللازم هو رضا المالك لارضا مستوفي المنفعة ، والظاهر ان حكم (المجلة) بعدم الأجرة في صورة عدم العقد مستند الى القاعده المعروفة [الأجر والضمان لايجتمعان] مادة (٨٦) وهي من القواعد المسلمة عند الحنفية وخالفهم

فيها الأمامية والشافعية وقد تقدم فيها البحث مفصلا وسيأتي ايضا في مادة [٥٩٦] و - هب - أننا سلمنا بالقاعدة تماشياً ولكن ماوجه الفرق بين المعد للاستغلال وغيره وبين المطالبة بالاجرة ، وعدم المطالبة والكل سواء بحكم القاعدة ؟ فاما عدم الضمان مطلقاً على اصول الحنفية وأما الضمان كذلك مطلقاً على اصول الباقين فتدبره جيداً .

(مادة : ٤٧٣) قد تقدمت عيناً في مادة (٤٦٨) كما انها تغني ولواحقها عما بعدها مادة (٤٧٤) اذا شرط تأجيل البدل يلزم على الاجر اولاً تسليم المأجور وعلى الاجير ايفاء العمل والاجرة لاتلزم الا بعد انقضاء المدة التي شرطت .

[مادة : ٤٧٥] يلزم على الاجر اولا تسليم المأجور وعلى الاجير ايفاء العمل في الاجارة المطلقة التي عقدت من دون شرط التعجيل والتأجيل على كل حال ، يعني ان كان عقد الاجارة على منافع الاعيان اوعلى العمل .

قد عرفت ان حال الاجارة في العوضين حال البيع فكما يجب التقابض بينهما في البيع وليس احدهما بأولى من الآخر فى السبق بعد فرض استحقاق كل منهما ماعلى الآخر وان تشاحا اجبرهما الحاكم فكذلك في الاجارة فلزوم تسليم المأجور اولا على المؤجر وايفاء العمل بعد على الاجير لاوجه له إلا مع الشرط كما فى - :

(مادة : ٤٧٦) ان كانت الاجرة موقوتة بوقت معين كالشهرية والسنوية مثلا يلزم ايفاؤها عند انقضاء ذلك الوقت .

فان المتبع في جميع هذه الفروع والفروض هو الشرط ، اما الطاقة فالحكم فيها التقابض والتعجيل من الطرفين كل بحسبه ، وكذا مبدأ الوقت في الموقتة يتبع الشرط فان جعله من وقت التسليم لزم كذلك والا فمن وقت العقد ، فلو قال استأجرت دارك سنة بدينار ادفعه بعد شهر ، فالاطلاق يقتضي شهراً بعد العقد لا بعد التسليم ، نعم لو لم يسلم لم يستحق الاجرة ولكن لو سلم استحق الأجرة بعد شهر من السنة التي هي من حين العقد لا من حين التسليم ، غايته ان المستأجر له الرجوع على المؤجر بقيمة مامضى من المدة ويكون كالغاصب ولا يبعد ثبوت الخيار له ، ومن هنا يظهر الخلل فى مادة (٤٧٧) تسليم المأجور شرط فى لزوم الأجرة يعني تلزم الاجرة اعتباراً من وقت التسليم فعلى هذا ليس للآجر مطالبة اجرة مدة مضت قبل التسليم وان انقضت مدة الاجارة قبل التسليم لا يستحق الآجر شيئاً من الأجرة ، يعني ان الاجارة تبطل لفوات محلها ويحتمل الصحة والرجوع عليه بالقيمة .

وخلاصة التحقيق هنا - وان مرت الاشارة اليه غير مرة - ان كلا من البائع والمشتري والاجير والمستأجر عند تمامية العقد يستحق على الاخر ماوقع العقد عليه ويصير ملكاً له ولكن متزلزلا فاذا وقع القبض والاقباض استقرت الملكية ولازمها ان لكل منهما مطالبة الاخر بالمال المنتقل منه اليه سواء اقبض احدهما الاخر وسلمه ام لا فان استحقاق المطالبة من لوازم ذات العقد لا من لوازم تسليم احدهما وعدم تسليمه .

ومن هنا ظهر تسامح تعبير السيد الاستاذ قدس سره فى عروته اذ يقول :

ولكن لايستحق المؤجر مطالبته الا بتسليم الثمن او العمل كما لا يستحق المستأجر مطالبتهما الا بتسليم الاجرة كما هو مقتضى المعاوضة ، اه

بل التعبير الصحيح ان كلا منهما يستحق مطالبة الاخر سواء سلم هو ام لا وهو واضح .

﴿ مادة : ٤٧٨ ﴾ لوفات الانتفـاع بالمأجور بالكلية سقطت الأجرة مثلاً ـ لو احتاج الحمام الى التعمير وتعطل في اثناء تعميره تسقط حصته تلك المدة من الأجرة و كذلك لو انقطع ماء الرحى وتعطلت تسقط الاجرة اعتباراً من وقت انقطاع الماء ولكن لو انتفع المسـتأجر بغير صورة الطحن من بيت الرحى يلزمه اعطاء ما اصاب حصة ذلك الانتفاع من بدل الاجارة .

هذا البحث الانيل لم توفـه ﴿ المجلة ﴾ حقه مع انه من اهم مباحث الاجارة وقعاً ، واعمها نفعاً ، واوسعها فرعاً ، ونحريره بتنقيح واختصار ـ ان امتناع الانتفاع بالعين المستأجرة لايخلوا ما ان يكون لامر قهري (ارضي اوسمائي) اولسبب اختياري بشري اولحادث اتفاقي اعتباري ، وعلى جميع التقادير فاما ان يحدث بعد العقد قبل القبض او بعده ، قبل استيفاء شيء من المنفعة او بعد استيفاء مقدار منها فيتخرج من ذلك عدة صور .

الأولى ـ : ان يحدث المانع بعد العقد قبل القبض فان كان بعد تلفاً فلا اشكال في البطلان اما لقاعدة (كل مبيع تلف قبل قبضه ...) ان قلنا بانها على القاعدة فتجري في غير البيع والا فالخيار من جهة تعذر التسليم كما سيأتي .

الثانية - : ان يحدث بعد القبض قبل استيفاء شيء من المنفعة فان كان تلفاً او بحكمه كموت العبد وتشرد الدابة وسقوط الانية في البحر كان له خيار تعذر التسليم فان المستأجر وان قبض العين واستلام العين استلام لمنافعها فيكون التلف عليه كما في البيع لو تلف المبيع في يد المشتري ولكن حيث ان المنافع تدريجية الحصول فلا يكون استلام العين استلاماً لها الا بعد مضي تمام المدة فتكون من هذه الجهة بحكم غير المقبوض وان كان قبضاً من حيث صيرورة الاجرة به لازمة كلزوم العقد الذي هو من آثار قبض المنفعة التي وقعت الاجرة عنها فان اختلاف الحيثية كما عرفت يصحح اختلاف الحكم ، و حينئذ فاما الحكم بالانفساخ بقاعدة (التلف قبل القبض ،،،) بناء على عمومها لغير البيع او الخيار لتعذر التسليم ، واذا لم يكن تلفاً او بحكمه كمطر اوجب انهدام الدار كلا او بعضاً اوسيل اوجب غرق المزرعة فلا تصلح للزرع وما اشبه ذلك ، كان للمستأجر خيار العيب ولو قلنا بانه يلزم المالك بالمبادرة الى اصلاحه فان امكن بحيث لا يفوت من المنفعة زمن معتد به وجب ولا خيار والا كان له الخيار .

الثالثة - : ان يحدث بعد استيفاء مقدار من المنفعة فان كان المانع مما يعد تلفاً بالنسبة الى الباقي جائت قاعدة (التلف قبل القبض ،،،) بناء على عمومها وجاء التقسيط ويكون الانفساخ حينئذ من حين حدوث المانع واستقرب السيد الاستاذ قدس سره كون الانفساخ من حين العقد فيرجع المسمى الى المستأجر ويدفع أجرة المثل للمؤجر عن مقدار ما استوفاه من المنفعة ويدفعه اصالة اللزوم في العقد ووجوب الوفاء به

حسب الامكان ، وان لم يكن تلفاً فالخيار اما للعيب او لتعذر التسليم .

الرابعة - : ان يكون المانع من فعل بشر وهو اما المؤجر نفسه او المستأجر نفسه او اجنبي فان كان هو المؤجر فالمستأجر بالخيار بين الفسخ واسترجاع المسمى وبين الأمضاء ويأخذ منه بدل مثل المنافع التي استحقها بعقد الاجارة ، وان كان هو المستأجر لزم العقد وكان بمنزلة استيفاء المنافع وضمن للمؤجر العين وان كان هو الاجنبي تخير المستأجر بين الفسخ واسترجاع المسمى لتعذر التسليم او امضاء العقد والرجوع على الاجنبي ببدل المثل وعلى كلا التقديرين يضمن المتلف العين للمالك مسلوبة المنفعة ويدخل في هذا النوع غصب الغاصب ، وتسلط الظالم ، وانتزاع الجائر والغاشم ، وما الى ذلك من انواع الاستيلاء العدواني .

الخامسة - : ان يكون المانع من الانتفاع حادث اتفاقي اعتباري كما لو استأجر حانوتاً في سوق ثم سقط استعمال ذلك السوق وصار الرواج في سوق آخر او هجرت القرية التي كان بها ذلك السوق او صار اضراب ونحوه مما يوجب سد الحوانيت مدة شهراً او اكثر وامثال ذلك من الحوادث الاتفاقيـة فالمسئلة هنا مشكلة ولا تخلو من غموض فانه وان لم يكن تلفاً ولكن يشبه ان يكون بحكم التلف ، واذا لم يكن عيباً فيشبه ان يكون بمنزلة العيب ومع ذلك كله فالظاهر او الصريح من (المجلة) لزوم الاجرة - :

(مادة : ٤٧٩) من استأجر حانوتاً وقبضه ثم عرض المبيع او الشراء كساد ليس له ان يمتنع عن اعطاء كراء تلك المدة بقوله ان الصنعة ما راجت والدكان بقي مسدوداً .

وعقدة الاشكال ماذكرنا من ان قبض المنافع نظراً لكونها تدريجية لاتحصل بمجرد قبض العين بل لابد من انتهاء المدة فلو تعطلت المنافع في بعض المدة كان بمنزلة التلف قبل القبض ينفسخ العقد بالنسبة اليه ويأتي التقسيط عند المشهور والانفساخ القهري في الجميع عند السيد في العروة، ووجه الأول ان العقد ينحل الى عقود، ووجه الثاني بساطة العقد، او ان الانفساخ من حين المانع عندهم ومن حين العقد عنده، وقدعرفت ان الأصح الأول، وثمرة المسئلة لاتزال في غلاف من الخفاء ومن كل ماذكرنا ظهر لك انه لواحتاج الحانوت اوالدار اوالحمام وما اشبهها الى اصلاح في المدة فهي على المؤجر، فاما تسقط من الاجرة بحسابها او يستوفي اياماً اخرى بمقدارها ومن هذا الباب :-

(مادة : ٤٨٠) لواستأجر زورقاً على مدة وانقضت في اثناء الطريق تمتد الاجارة الى الوصول الى الساحل ويعطي المستأجر اجر مثل المدة الفاضلة.

والتعبير بامتداد الاجارة تسامح بل الاجارة تنتهي بانتهاء مدتها ولكنه مأذون بالأذن الشرعي لضرورة حفظ النفس او المال الى استعمال الزورق الى ان ينتهي الى الساحل باجرة المثل وتظهر الثمرة ان للمالك المؤجران يطالب باجرة المثل عن الايام الزائدة على المدة لو كانت زائدة على اجرة المسمى بخلاف مالو قلنا بامتداد الاجارة فتدبر.

أما (مادة : ٤٨١) لواعطى احدداره آخرعلى ان يرمها ويسكنها بلا اجرة ثم رمها وسكنها ذلك الآخر كان من قبيل العارية ومصارف

الامانات لم يكن له ذلك سيما مع مطالبة المالك و كذا في عقد الاجارة فان للمؤجر ان يحبس العين حتى يقبض الاجرة مع انه قد تعلق به حق الغير وهو المنفعة ولكنه معاوضي لا يستحقه الا بالعوض ولصاحب الحق ان يحبسه حتى يقبض العوض ، فالعامل في العين سواء كان لعمله اثر كالخياطة في الثوب اولا اثر له كحمل الطعام له ان يحبس الطعام او الثوب حتى يقبض حقه ، واثر ذلك انه لو حبس العين لاستيفاء حقه بغير تعد ولا تفريط لا ضمان عليه في الصورتين بل لا يبعد صحة الزامه بالاجرة وان تلفت العين لانها قد استقرت عليه والتلف لا يصلح لان يكون مسقطاً كما هو ظاهر ، وهو نظير ما لو تلفت العين في يده بعد العمل وقبض الاجرة بغير تفريط فكما انه ليس له ان يرجع بها كذلك يجب عليه هنا دفعها والتلف لا اثر له في المقامين ومن هنا ظهر الخلل في مادة (٤٨٣) ليس للاجير الذي ليس لعمله اثر كالحمال والملاح ان يحبس المستأجر فيه وبهذا الحال لو حبس الاجير المال وتلف في يده يضمن وصاحب المال في هذا مخير ان شاء ضمنه محمولاً واعطى اجرته وان شاء ضمن غير محمول ولم يعط اجرته .



التعمير عائدة اليه وليس لصاحب الدار ان يطالبه تلك المدة بشيء من الأجرة - خارجة عن مباحث الاجارة ، فانها عارية مشروطة بل اباحة مقيدة ولا يختص هذا بالدار بل قد يعيره الدابة للركوب ويشترط عليه علفها ، بل يمكن ان يقال : ان نفقة المستعار مطلقاً على المعير الا اذا شرط انها على المالك على ان لزوم مثل هذه الشروط الواقعة في العقود الجائزة كالعارية اوفي مايشبه الايقاع كالاباحة محل نظر والتحقيق ذلك مقام آخر .

الفصل الثالث

في مايصح للأجير ان يحبس المستأجر فيه في استيفاء الاجرة ومالا يصح

(ماده : ٤٨٢) يصح للاجير الذي لعمله اثر كالخياط والصباغ والقصار ان يحبس المستأجر لاستيفاء الأجره ان لم يشترط نسيئتها وبهذا الوجه لو حبس ذلك المال وتلف في يده لا يضمن وبعد تلفه ليس له ان يستوفي الاجرة.

العين المأجوره لاستيفاء منفعتها اوللعمل فيها - كالدابة للركوب او الثوب للخياطة او الطعام للحمل - كلها امانة في يد المستأجر والعامل لكن ليس على حد سائر الامانات بل يده عليها يد امانة معاوضة يعني انها مقبوضة بالمعاملة والعوضية اما بالمثل اوالقيمة اوالمسمى ولذا جاز للبائع ان يحبس المبيع حتى يقبض الثمن ويتقابضا ولو كان على حد سائر

الباب الرابع

في

﴿ بيان المسائل التي تتعلق بمدة الأيجار ﴾

(مادة : ٤٨٤) للمالك ان يؤجر ماله وملكه لغيره مدة معلومة قصيرة كاليوم اوطويلة كالسنين .

هذا مما لااشكال فيه لان الانسان حر في ملكه يتصرف كيف شاء و ﴿ الناس مسلطون على اموالهم ﴾ فلو اراد الرجل المسن ان يؤجر داره مائة سنة كان له ذلك سواء كانت الغبطة فيه ام لا ولكن هذا فيما هو ملكه اما ماهوملك غيره وله الولاية عليه مثل مال الوقف ومال اليتيم ومال الغائب الذي لا وكيل له وامثال ذلك فلا يبعد القول بان تصرف الولي فيها منوط بالمصلحة فربما لاتكون المصلحة باجارته اكثرمن سنة اوسنتين والحاصل ان الاولياء ليس حالهم فيما لهم الولاية عليه كحالهم في اموالهم الخاصة بهم وهو واضح .

(مادة : ٤٨٥) ابتداء مدة الاجارة تعتبر من الوقت الذي سمي اي عين وذكر عند العقد .

عرفت انه لابد من تعيين المدة في اجارة المنافع بل واجارة الاعمال فان عين ابتدائها بعد شهر اويوم اوغير ذلك في متن العقد تعين وان اطلق كان الابتداء من بعد العقد بلا فصل كما في مادة ﴿ ٤٨٦ ﴾ اذا

لم يذكر ابتداء المدة حين العقد يعتبر من وقت العقد ، فهاتان المادتان عبارة عن مادة واحدة تؤدى باخصر عبارة واقل الفاظ من احديهما .

و ﴿ مادة : ٤٨٧ ﴾ كما يجوز ايجار عقار على ان يكون لسنة في كل شهر اجرته كذادراهم كذلك يصح ايجاره لسنة بكذا دراهم بدون بيان شهريته ايضاً ـ فهي واضحة لاتحتاج الى بيان .

و (الضابطة) انه كلما كانت الاجرة والمنفعة والمدة معلومـة صحت الاجارة ، ويتفرع على لزوم تعيين المدة انه لوآجره كل شهر بكذا او كل سنة بكذا ولم يعين مقدار الأشهر اوالسنين لم تصح الاجارة لجهالة المدة ، ومن هذا يظهر فساد مافي مادة (٤٩٤) لو استأجر عقاراً شهريته بكذا دراهم من دون بيان عدد الاشهر يصح العقد ، بل الأصح أنه يبطل عند اكثر فقهاء الامامية ، ثم ان اطلاق السنة عند المسلمين ينصرف الى الهلالية الهجرية الا ان يكون المتعارف في بلد غير هذا فيحمل الاطلاق عليه كما أن منصرف الشهر هو الهلالي وعليه مادة (٤٨٨) اذا عقدت الاجارة في أول الشهر على شهر واحد اوازيد من شهر انعقدت مشاهرة ، وبهذه الصورة يلزم دفع اجرة شهر كامل وإن كان الشهر ناقصاً عن ثلاثين يوماً .

و « الضابطة » ان الشهر عند الاطلاق هوالهلالي فان لم يمكن حمله عليه فهو العددي كما في مادة (٤٨٩) لواشترط على ان تكون الاجارة لشهر واحد فقط وكان قد مضى من الشهر جزء يعتبر الشهر ثلاثين .

يعني في الاجارة المنجزة لاالمضافة التي تدور مدار التعيين عددياً او

هلاليا كما هو واضح ، وعليه ايضا تبنى مادة (٤٩٠) لو اشترط ان تكون الاجارة لكذا شهور و كان قد مضى من الشهر بعضه يتم الشهر الاول الناقص على ان يكون ثلاثين يوماً من الشهر الاخير وتوفى فى اجرة باقى الايام بحساب اليومية وتعتبر الشهور التي بينها بالاهلة - مثلا لو قال : في نصف رجب - اجرتك الدار ثلاثة اشهر احتسب شعبان ورمضان هلاليين ناقصين كانا او كاملين وا كمل رجب من شوال ما يتم به ثلاثين على ،أنه شهر عددي ولا حاجة الى حساب اليومية لان الغرض أن الاجرة على الشهور لاعلى الايام ، ويمكن ان يقال : انه يكمل الشهر على واقعه فان كان ناقصاً اكمل تسعة وعشرين وان كان تاماً اكمل ثلاثين وله وجه والاول اوجه .

(مادة : ٤٩١) كما يعتبر الشهر الاول الناقص ثلاثين اذا اشترط كذا دراهم من دون بيان عدد الاشهر عند مضي بعض الشهر كذلك تعتبر سائر الشهور التي ستأتي ثلاثين يوماً على هذا الوجه ،،، في هذه المادة من التعقيد والتطويل ما اضاع المقصود ، وحاصله انه اذا آجر شهرياً من دون تعيين عدد الاشهر و كان في أثناء الشهر فالاشهر كلها تحسب عددية ثلاثين ثلاثين ، ولكن هذه الاجارة عندنا فاسدة ولابد من تعيين عدد الاشهر ، والحكم بصحتها في الشهر الاول وفسادها في الباقي كما سيأتي ، وينسب الى بعض فقهاء المذاهب تحكم صرف لا دليل عليه .

(مادة : ٤٩٢) لو عقدت الاجارة في اول الشهر لسنة تعتبر اثني

عشر شهراً .

عرفت ان الشهر عند المسلمين باطلاقه يحمل على الاشهر الهلالية كما ان السنة اثنى عشر هلالي كما يدل عليه كريمة (ان عـدة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً) و (يسئلونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس) نعم لو كان المتعارف في بلدهم السنة الشمسية فلا شك ان الاطلاق يحمل عليها لان العرف الخاص يقدم على العرف العام وعلى العرف الشرعي في هذه الموضوعات ، وعلى ما ذكرنا تبتنى مادة (٤٩٣) لو عقدت الاجارة لسنة و كان قد مضى من الشهر بعضه يعتبر منها شهر أياماً وباقي الشهور الاحدى عشر بالهـلال ، وهو مسلم لا كلام فيه ، انما الـكلام في ان الشهر العددي هل يحسب ثلاثين او يحسب على ما اتفق من حال الشهر الاول من ثلاثين او تسعة وعشرين و كما سبق قريباً .

(مادة : ٤٩٤) لو استأجر عقاراً شهريته بكذا دراهم من دون بيان عدد الأشهر يصح العقد لكن عند ختام الشهر الاول يصح لكل من الآجر والمستأجر فسخ الاجارة في اليوم الاول وليلته من الشهر الثاني الذي يليه .

وقد عرفت ان هذا تحكم صرف لا دليل عليه فاما يبطل في الجميع او يصح في الجميع ولا فرق بين قبض الاجرة وعدمه فانه اذا لم يعين عدد الاشهر او السنين او الايام تتم الاجارة مطلقاً وكلما ذكر في هذه المادة من الذيول والفروع والتقاسيم عارية عن الدليل سيما قوله : وان كان قد قبضت اجرة شهرين او ازيد فليس لاحدهما فسخ اجارة الشهر المقبوض اجرته ، فان

قبض الاجرة لايرفع ماوقع العقد عليه من الاجمال وهذا ايضاً من احكامهم الكيفية التي يرجعون فيها الى الاستحسان مع عدم مساعدة الادلة الشرعية .

﴿ مادة : ٤٩٥ ﴾ لواستأجر احد اجيراً على ان يعمل يوماً يعمل من طلوع الشمس الى العصر اوالى الغروب على وفق عرف البلدة فى خصوص العمل .

هذا مع الاطلاق اما مع التعيين فهو المتبع .

(مادة : ٤٩٦) لو استؤجر نجار على ان يعمل عشرة ايام تعتبر الايام التي تلي العقد وان كان قد استؤجر فى الصيف على ان يعمل عشره ايام لم تصح الاجاره مالم يعين العمل اعتباراً من اي شهر واى يوم .

لافرق بين الصيف وغيره في ان الاطلاق يقتضي الانصراف الى الايام التي تلي العقد الا ان تكون هناك قرينة خاصة من حال اومقال تمنع هذا الانصراف اوعرف خاص فى البلد يقتضي خلافه ، اما كون الوقت صيفاً اوشتاءً فلا اثر له فى لزوم التعيين ولا فى عدمه فتدبره .



الباب الخامس

فى الخيارات

{ ويشتمل على ثلاثة فصول }

لعلك علمت من مباحث الخيار فى البيع ان الخيار تارة يثبت من دليل خاص واخرى يقتنص من الادلة العامة كقاعدة الضرر وعمومات الشروط ونحوها فما قام الدليل على ثبوته في البيع اقتصر عليه ولم يتعدالى غيره من المعاملات لما عرفت من ان الخيار على خلاف الاصل وما استفيد من العمومات اطرد في كل معاملة انطبق عليها ذلك الدليل ، وحيث ان مثل خيار المجلس والحيوان والتأخير كانت ادلتها واردة في البيع فهي مقصورة عليه ولا يجري في اجارة ولا غيرها ، واما بقية الخيارات المستفادة من الأدلة العامة وان ايدتها الأدلة الخاصة فهي تجري في الأجارة كما تجري فى البيع ، واليك بيانها وعنوانها .

١ ـ : خيار الشرط ـ ومنه شرط الخيار عند رد العوض اي الأجرة.

٢ ـ خيار العيب .

٣ ـ خيار الغبن .

٤ ـ خيار الاشتراط .

٥ ـ خيار تبعض الصفقة .

٦ ـ : تعذر التسليم

٧ ـ : التفليس .

٨ ـ : التدليس .

٩ ـ : الشركة .

١٠ ـ : ما يفسد ليومه .

١١ ـ : خيار الوصف .

١٢ ـ : خيار الورثة فيما زاد على الثلث

الفصل الاول

« في بيان خيار الشرط »

[مادة : ٤٩٧] يجري خيار الشرط في الاجارة كما جرى فى البيع ويجوز الايجار والاستيجار على ان يكون احدهما او كلاهما مخيراً كذا ايام .

خيار الشرط في الاجارة كخيار الشرط في البيع يصح ان يجعلاه لاحدهما او لكليهما او لاجنبي على نحو المؤامرة او المشاورة او الاستقلال متصلا بالعقد او منفصلا عنه في يوم او ايام او اكثر حسبما يتفقان عليه من توزيع الاجرة لو حصل الفسخ في الأثناء اوردها تماماً ، اما مع عدم التعيين فالتوزيع ـ كل ذلك لعموم ادلة الشروط .

(مادة : ٤٩٨) كما ان الفسخ والاجازة على ما بين فى مادة (٣٠٢

و ٣٠٣ و ٣٠٤) يكونان قولا كذلك ايضاً يكونان فعلا - بناء عليه لو كان الآجر مخيراً وتصرف في المأجور بوجه من لوازم التملك فهو فسخ فعلي وتصرف المستأجر المخير في المأجور كتصرف المستأجرين اجازة فعلية .

اذا كان للمؤجر خيار فآجر العين ثانياً من مستأجر آخر فان كان في غير زمن خياره فهو فضولي عن المستأجر وان كان في زمن خياره فهو فسخ للاجارة الاولى ، وان كان الخيار للمستأجر وتصرف في العين المستأجرة ايام الخيار على نحو تصرف المستأجرين فهو اجازة منه لان التصرف امارة نوعية على الرضا والالتزام ، وهذا واضح وضوح مادة (٥٠٠) لو انقضت مدة الخيار قبل فسخ المخير او انفاذه الاجارة يسقط الخيار وتلزم الاجارة ومادة (٥٠١) مدة الخيار تعتبر من وقت العقد ، يعني مع الاطلاق ، ولكن مادة (٥٠٢) ابتداء مدة الاجارة يعتبر من وقت سقوط الخيار - مبني على ما سبق في البيع من ان المبيع مع خيار البايع لا يملكه المشتري الا بعد انقضاء زمن الخيار ، وعرفت انه ممنوع عند جمهور فقهاء الامامية وشذ من نسب اليه الرأي المتقدم الذي عرفت فيما سبق ضعفه من حيث القواعد .

[مادة : ٥٠٣] لو استؤجرت ارض على ان تكون كذا ذراعاً او دونا فخرجت زائدة او ناقصة تصح الاجاره ويلزم الاجر المسمى لكن المستأجر مخير حال نقصانها ، له ان يفسخ الاجارة ان

هذه القضية فرع يبتني على اصل كثير الفروع ، وكلي متوفر المصاديق وهو باب الكميات المتصلة والمنفصلة وقد مر نظير ذلك في البيع ايضاً مثل مالو باع قطعة قماش او منقلة حديد او آجر داراً على انها خمس غرف او سيارة بناء على انها رقم كذا فتبين الخلاف في الجميع زيادة أونقصاً فان العدد المخصوص ان كان على سبيل القيدية والتعيين و (المقيد عدم عند عدم قيده) فالاجارة ان كانت شخصية تقع باطلة وان كانت كلية صحت وطالب بالمصداق في صورة النقص ورد الزائد في صورة الزيادة وان كان على سبيل الشرطية وتعدد المطلوب صحت مع المخالفة ان كانت شخصية وكان له خيار تخلف الشرط وان كانت كلية طالب بالمصداق اورد الزائد .

هذا كله قبل الاستيفاء اما بعده فعليه اجرة مثل ما استوفاه ويطالب بالمصداق او يرد او يفسخ على اختلاف الصور ، ويظهر من (المجلة) ان له الخيار في صورة النقص وله الزائد في صورة الزيادة وهو غريب ولا ندري باي وجه يتملكها مع ان العقد وقع على الأقل منها ، وقد تقدم في مادة (٢٢٦) الى (٢٢٨) ما لعله ينفع هنا ايضاً فراجع .

ثم ان حال الزمان في الزيادة والنقصان حال المقادير والاوزان في الاجناس والاعيان فلو اكترى منه دابة على ان يوصله بها الى [بغداد] في اول رجب او اعطاه ثوباً ليخيطه ويدفعه له ليلة العيد فتأخر عن ذلك فان كان على نحو القيدية لم يستحق الاجير شيئاً اصلا لانه لم يأت بالمأجور عليه ولا بشيء منه لانه بسيط لا تركيب فيه

وان كان على نحو الشرطية كان له الفسخ فان فسخ استحق الاجير بدل المثل وان امضى فالمسمى ، وبهذا يظهر الخلل فى مادة (٥٠٥) يجوز عقد الاجارة على عمل عينت اجرته وشرط ايفاؤه في الوقت الفلاني يكون الشرط معتبراً مثلا ـ لو اعطى احد الى الخياط ثياباً على ان يفصلها ويخيطها هذا اليوم او لو استكرى احد ذلولاً بشرط ان يوصله في عشرة ايام الى مكة تجوز الاجارة والآجر ان اوفى الشرط استحق الأجر المسمى والا استحق اجر المثل بشرط ان لا يتجاوز الاجر المسمى .

(مادة : ٥٠٤) لو استوجرت ارض على ان كل دونم منها بكذا دراهم يلزم اعطاء الأجرة بحساب الدونم اذا كانت الدونمات معلومة العدد ،،، هذا اذا كانت الدونمات معلومة العدد والا فهي باطلة كما عرفت مكرراً ، ولو قلنا بالصحة فهو واضح لا يحتاج الى بيان .

(مادة :٥٠٦) يصح ترديد الاجرة على صورتين او ثلاث فى العمل والعامل والحمل والمسافة والزمان والمكان ويلزم اعطاء الأجرة على موجب الصورة التي تظهر فعلاً ، مثلاً ـ لو قيل للخياط ان خطت دقيقاً فلك كذا وان خطت خشناً فلك كذا ، فاي الصورتين عمل له اجرتها او لو استؤجر حانوت بشرط ان اجرى فيه عمل العطارة فاجرته بكذا وان اجرى فيه عمل الحدادة فبكذا فباي العمل اجرى فيه يعطي اجرته التي شرطت ، وكذا لو استكريت دابة بشرط ان حملت حنطة فاجرتها بكذا وان حملت حديداً فبكذا ، فايهما حمل يعطي اجرته التي عينت ، او لو قيل المكارى استكريت منك

هذه الدابة الى (چورلي) بكذا والى (ادرنه) بكذا والى (فلبه) فالى ايهما ذهب المستأجر يلزمه اجرة ذلك ، وكذا لو قال الآجر اجرت هذه الحجرة بكذا وهذه بكذا فبعد قبول المستأجر يلزمه اجرة الحجرة التي سكنها ، وكذلك لو ساوم احد الخياط على ان يخيط له (جبة) بشرط ان خاطها اليوم فله كذا وان خاطها بكرة فله كذا تعتبر الشروط .

ذكر فقهاؤنا في اكثر مؤلفاتهم نظير هذه الفروض بما صورته : اذا قال : ان خطت هذا الثوب فارسياً اي (بدرز) فلك درهم وان خطته رومياً اي (بدرزين) فلك درهمان فان قصد الاجارة بطل للجهالة وان قصد الجعالة صح ، وكذا لو قال : اذا صبغت ثوبي اليوم فلك درهم وان صبغته غداً فنصف والقول بصحتها اجارة أو التفصيل ضعيف ولو عمل في صورة البطلان استحق أجرة المثل .

ثم ذكروا فرضاً آخر وهو - مالو استأجر من رجل دابته على ان يوصله الى المحل المعين في زمن معين ، او يوصل كتابه الى زيد كذلك فلم يوصله فان كان لعدم سعة الوقت وعدم امكان الوصول فالاجارة باطلة لعدم القدرة ، وان كان الزمان واسعاً فان كان عدم الايصال عن تقصير منه فلا يخلو اما ان يكون اخذ الايصال الخاص على نحو القيدية بمعنى وحدة المطلوب او على نحو الشرطية - اي التعدد - فعلى الاول البطلان ولا يستحق شيئاً ، وعلى الثاني الصحة والخيار ، ومع الفسخ فاجرة المثل ، ومثله لو استأجره لصوم الخميس فصام السبت وان لم يكن

عن تقصير بل لحدوث مانع فان كان عاماً كثلج او مطر شديد او محاربة في الطريق فهي باطلة ، ومثله مالو كان المانع خاصاً كمرض او ظالم او عدو ونحو ذلك وكانت الاجارة شخصية مقيدة بالمباشرة ، اما لو لم تكن شخصية فهي صحيحة ويوجه غيره للعمل والاستيفاء . وتلزمه الأجرة على كل حال .

و « بالجملة » فالمانع العام حكمه حكم التلف السماوي وكذا الخاص مع قيد المباشرة .

وبهذا تستطيع استخراج الفروع الكثيرة التي هي من هذا القبيل .

الفصل الثاني

خيار الرؤية

[مادة : ٥٠٧] للمستأجر خيار الرؤية .

(مادة : ٥٠٨) رؤية المأجور كرؤية المنافع .

(مادة : ٥٠٩) لو استأجر احد عقاراً من دون ان يراه يكون مخيراً عند رؤيته .

حال خيار الرؤية فى الاجارة كحاله في البيع فلو آجره داراً غائبة بالوصف ثم انكشف الخلاف كان له الخيار . اما لو رآها واستأجرها بتلك الرؤية فلا خيار بعد الاختبار الا اذا تغيرت بعد الرؤية وقبل

العقد عليها ، ولكن حيث ان المنافع كما عرفت غير مجتمعة الاجزاء في الوجود فلا يمكن رؤيتها لذلك صارت رؤية العين تقوم مقام رؤية المنفعة فيسقط الخيار برؤية العين وان لم ير المنفعة كما في المادة (٥٠٨) ومادة (٥١٠) من استأجر داراً كان قد رآها من قبل ليس له خيار الرؤية الا لو تغيرت رؤيتها الاولى بانهدام محل يكون مضراً للسكنى فحينئذ يكون مخيراً ، بل وحتى لو لم يكن مضراً ، وكما يكون للمستأجر خيار الرؤية كذلك يكون للاجير في محل عمله حيث يكون مما تختلف مصاديقه او اصنافه كما في مادة (٥١١) كل عمل يختلف ذاتاً باختلاف المحل فللاجير فيه خيار الرؤية ، مثلا ـ لو ساوم احد الخياط على ان يخيط له (جبة) فالخياط بالخيار عند رؤية (الجوخ) او (الشال) الذي يخيطه ، بخلاف ما لم يكن فيه اختلاف كنقل الطعام من مكان معين الى معين او كما ذكر في مادة (٥١٢) كل عمل لا يختلف باختلاف المحل الى الآخر .

الفصل الثالث

في خيار العيب

[مادة : ٥١٣] في الاجارة ايضاً خيار العيب كما يلحظ البيع ولكن العيب في الاجارة لا يكون في ذات المنفعة لانها ليست من

الامور المستقلة في الوجود وانما يكون فيما تتقوم به المنفعة وهو العين فكل عيب في العين يوجب نقصاً في المنفعة المقصودة بالاجارة فهو سبب لثبوت الخيار فيها كما ذكر فى مادة « ٥١٤ » العيب الموجب للخيار فى الاجارة هو ما يكون سبباً لفوات المنافع المقصودة بالكلية او اخلالها كفوات المنفعة المقصودة من الدار بالكلية بانهدامها ومن الرحى بانقطاع مائها ، او كاخلالها بسقوط سطح الدار او بانهدام محل مضر للسكنى او بانجراح ظهر الدابة فهؤلاء من العيوب الموجبة للخيار في الاجارة واما النواقص التي لا تخل بالمنافع كانهدام بعض محال الحجرات بحيث لم يدخل الدار برد ولا مطر ، وكانقطاع عرف الدابة او ذيلها فليست موجبة للخيار في الاجارة .

﴿ مادة : ٥١٥ ﴾ لو حدث في المأجور عيب فانه كالموجود في وقت العقد .

يفترق العيب في الاجارة عنه في البيع بانه متى ظهر اوجب الخيار في الاجارة حتى بعد القبض واستيفاء بعض المنافع بخلافه في البيع فانه لا اثر له بعد القبض وانقضاء الخيار فالموجود قبل العقد والحادث بعده والحادث بعد القبض وبعد الاستيفاء كلها توجب الخيار بين فسخها في الباقي وامضائها واعطاء تمام الاجرة كما في مادة ﴿ ٥١٦ ﴾ لو حدث في المأجور عيب فالمستأجر بالخيار ان شاء استوفى المنفعة مع العيب واعطى تمام الاجرة وان شاء فسخ الاجارة .

يعني انه ليس له المطالبة بالارش كما في البيع مطلقا او في بعض

الصور ، ولكن التحقيق انه لا مانع منه هنا بناء على ان المطالبة بالارش وعدم الفسخ على مقتضى قاعدة اصالة اللزوم بالعقود وانه يجب الوفاء بالعقد حسب الامكان والارش غرامة للوصف او الجزء الفائت وكذا لو زال العيب من نفسه او ازاله المؤجر قبل فوات شيء معتد به من المنفعة سقط الخيار كما فى مادة (٥١٧) ان ازال الآجر العيب الحادث قبل فسخ المستأجر الاجارة لا يبقى للمستأجر حق الفسخ .

(مادة : ٥١٨) ان اراد المستأجر فسخ الاجارة قبل رفع العيب الحادث الذي اخل بالمنافع فله فسخها في حضور الاجر والا فليس له فسخها في غيابه وان فسخها فى غيابه من دون ان يخبره لم يعتبر فسخه وكراء المأجور يستمر كما كان ، واما لو فاتت المنافع المقصودة بالكلية فله فسخها في غياب الآجر ايضاً ولا تلزمه الاجرة ان فسخ او لم يفسخ كما بين فى مادة ﴿ ٤٦٨ ﴾ مثلا - لو انهدم محل يخل من الدار المأجورة فللمستأجر فسخ الاجارة لكن يلزم عليه ان يفسخها فى حضور الآجر والا فلو خرج من الدار من دون ان يخبره يلزمه اعطاء الاجرة كأنه ما خرج واما لو انهدمت الدار بالكلية فمن دون احتياج الى حضور الاجر للمستأجر فسخها وعلى هذا الحال لا تلزم الاجرة .

هذا ايضاً من الحكم الجزافى ، والقول بلا دليل ، فانه متى حصل سبب الفسخ كان له ان يفسخ فى حضور الآجر او غيابه ، نعم يجب عليه لو فسخ وجوباً تكليفياً اعلام المؤجر دفعاً لما يحتمل من دخول

الضرر عليه لو لم يعلمه بالفسخ فيبقى ملكه عاطلا وتفوته اجرة تلك المدة ولكن ليس معناه ان فسخه يكون باطلا ولا اثر له مع الغياب في الاول دون الثاني .

و « بالجملة » فوجوب الاخبار لا علاقة له باعمال الخيار ، ولا يتوقف احدها على الآخر فليتدبر .

نعم لو تعطلت الدار بالكلية انفسخت انفساخاً قهرياً لعدم الموضوع كما عرفت .

(مادة : ٥١٩) لو انهدم حائط الدار او احدى حجرها ولم يفسخ المستأجر الاجارة وسكن في باقيها لم يسقط شيء من الاجرة.

فان الانهدام وان اوجب الخيار ولكن سكوته وسكناه فيها دليل على رضاه بالعقد وامضائه .

[مادة : ٥٢٠] لو استأجر احد دارين بكذا دراهم وانهدمت احداها فله ان يترك الاثنتين معاً .

يعني يكون له الخيار ان شاء ترك الاثنتين واسترد الاجرة وان شاء امضى في واحدة واسترد ما يخص الثانية المنهدمة لان الاجارة فيها باطلة ذاتاً فلا معنى لاجازة العقد بل اما الفسخ فيهما او الاجازة في الصحيحة ، فليتدبر .

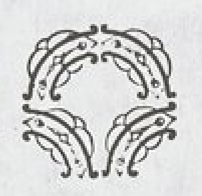
ومن هذا يظهر الخلل في - :

(مادة : ٥٢١) المستأجر بالخيار في دار استأجرها على ان تكون كذا حجرة وظهرت ناقصة ان شاء فسخ الاجارة وان شاء قبلها بالمسمى ولكن

ليس له ابقاء الاجارة وتنقيص مقدار من الاجرة .

فان القواعد تقتضي ان يكون له الخيار ، والخيار في منطقته هنا اما الفسخ في كل الدار او الاجازة بنسبة الحجر الموجودة وتنقيص مقدار مايخص الناقصة لان الاجرة تتوزع على الحجر حسب الشرط فتنحل الى عقود متعددة كما في نظائرها .

نعم لو كان اللحاظ في الاجارة المذكورة على نحو البساطة كان لما ذكرته ‹ المجلة › وجه ولكنه خلاف ما عليه التحقيق في نظائره .



الباب السادس
في
بيان انواع المأجور واحكامه ويشتمل على اربعة فصول

الفصل الأول

في بيان مسائل تتعلق باجارة العقار

﴿ مادة : ٥٢٢ ﴾ يجوز استيجار دار أوحانوت بدون بيان انها سكنى لاحد . نعم هذه هي الاجارة الكلية التي يملك بها المستأجر المنفعة مطلقة غير مقيدة فله ان يستوفيها بنفسه اوبمن يفوضه عليها باجارة اوغيرها . ومن الواضح الذي لاحاجة الى بيانه مادة ﴿ ٥٢٣ ﴾ من آجر داره اوحانوته و كانت فيه أمتعة واشياؤه تصح الأجارة ويكون مجبوراً على تخليته فان هذا من ضروريات الاجارَة ولوازم التسليم فلا حاجة الى بيـانه .

اما ـ ﴿ مادة : ٥٢٤ ﴾ من استأجر ارضاً ولم يعين مايزرعه فيها ولم يعمم على ان يزرع ماشاء . فاجارته فاسـدة ولكن لوعين قبل الفسخ ورضي الآجر تنقلب الى الصحة .

وهذا صحيح لما عرفت من لزوم التعيين وعدم الاجمال في الاجارة لكنها اذا فسدت للاجمال لم ينفع في صحتها التعيين اخيراً ولا يعقل ان

ينقلب الشيء عما وقع عليه ويصير ما وقع فاسداً صحيحاً الا بعقد جديد فتدبره جيداً .

(مادة : ٥٢٥) من استأجر ارضاً على ان يزرعها ما شاء فله ان يزرع مكرراً صيفاً وشتاء .

هذا ايضاً من فروع الاجارة الكلية كما عرفت .

(مادة : ٥٢٦) لو انقضت مدة الاجارة قبل ادراك الزرع فللمستأجر ان يبقي الزرع في الارض الى ادراكه ويعطي اجرة المثل .

هذا اذا كان في قلع الزرع ضرر على صاحبه اما مع عدم الضرر فلصاحب الارض ان يجبر صاحب الزرع على قلعه بل وحتى في صورة الضرر على المستأجر ليس له ان يجبر صاحب الارض على اجرة المثل بل اللازم ارضاؤه ولو بازيد من اجرة المثل بالاستيجار ثانياً .

(مادة : ٥٢٧) يصح استيجار الدار والحانوت مع عدم بيان كونه لاي شيء ، واما كيفية استعماله فيرجع الى العرف والعادة .

هذا ايضاً من فروع الاجارة الكلية يستوفي المنفعة كيف شاء وحسب المتعارف في كل صنعة ومهنة على موازينها وعليه يبتني مادة ﴿ ٥٢٨ ﴾ كما انه يصح لمن استأجر داراً مع عدم بيان كونها لاي شيء ان يسكنها بنفسه كذلك يصح له ان يسكنها غيره ايضاً وله ان يضع فيها اشياءه وله ان يعمل فيها كل عمل لا يورث الوهن والضرر للبناء ولكن ليس له ان يفعل ما يورث الضرر والوهن للبناء الا باذن صاحبها واما في خصوص ربط الدواب فعرف البلدة وعادتها معتبر

ومرعى وحكم الحانوت على هذا الوجه .

(مادة : ٥٢٩) اعمال الاشياء التي تخل بالمنفعة المقصودة عائدة الى الآجر مثلا - تطهير الرحى على صاحبها وكذلك تعمير الدار وطرق البناء واصلاح منافذه وانشاء الاشياء التي تخل بالسكنى وسائر الامور التي تتعلق بالبناء كلها لازمة .

الملحوظ بهذه المادة وما بعدها الى آخر هذا الفصل هو بيان حكم الاحداث التي يحدثها المستأجر في العين المأجورة او ما يلزمه من نفقاتها بالذات او بالعرض ، وتحرير هذا البحث الذي هو من مهمات بحوث الاجارة ان النفقات اللازمة على انواع .

الاول - : ما يتوقف بقاء تلك العين عليها كعلف الدابة وسقيها ونفقة العبد ومداواة علله او جرح الدابة وما اشبه ذلك ، ولا ريب في ان جميع ذلك ان لم يشترطها المؤجر على المستأجر فهي عليه فان دفعها والا انفق المستأجر ورجع بها على المؤجر اذن او لم يأذن فان امتنع جبره الحاكم على غرامتها .

الثاني - : الأحداث القائمة بالعين التي يتوقف الانتفاع بها كلا او بعضاً عليه كنقر الرحى وتنظيف مجرى الماء او بيت الماء او تعمير مثل الدرج او الباب او نحو ذلك من مرافقها الضرورية ، ولا ينبغي الاشكال انه على المالك المؤجر ايضاً .

الثالث - : الجهات الكمالية ، والمحسنات الاعتبارية كتبيض غرف الدار وصبغ ابوابها وما الى ذلك ، ولا ينبغي الريب ايضاً في انها على

المستأجر الا ان يشترطها على المؤجر ، وان انتهت المدة فان امكن قلعها من دون ضرر اخذها والا كان له اخذها بعد تدارك الضرر سواء وضعها باذن المؤجر او بدونه ، ويلحق بهذا ما يحدثه المستأجر فى المأجور من غرس او بناء او شبه ذلك .

الرابع - : الآلات الخارجه عن العين اللازمة عرفاً وعادة لاستيفاء المنفعة منها كالسرج والرحل واللجام وامثالها للدابة ، والمفتاح والقفل للدار والحانوت و كثير من نظائرها ، فالمتبع في ذلك عرف البلد وعادة قوم المتعاملين ، فان اختلفوا او لم يكن هناك عرف ولا عادة فهي على المستأجر الا مع الشرط ، ومن هذا القبيل آلات الحياكة والخياطة والكتابة وما على هذا المثال من الصنايع والاعمال حتى في مثل الخيوط والاصباغ والبنود ونحوها ، ثم ان في كل مورد وجب على المؤجر الصرف والانفاق ولم يفعل ولم يقتدر الحاكم على الزامه او لم يكن حاكم فللمؤجر ان يفسخ عقد الاجارة ويسترد الاجرة الا اذا كان قد رآها واستأجرها بذلك الحال ولم يطلب باده بدء اصلاحها فلو اصلحها المستأجر حين لا حق له على المؤجر كان تبرعاً منه ولا حق له بالرجوع عليه بها .

هذا كل ما ينبغي ان يقال فى هذه الناحية من الاجارة ومنه تعلم ما يوافق (المجلة) منها وما يخالفها ففي مادة ﴿ ٥٣١ ﴾ لو احدث المستأجر بناء في العقار المأجور او غرس شجرة فالآجر مخير عند انقضاء مدة الاجارة ان شاء قلع البناء والشجرة وان شاء ابقاها واعطى قيمتها قلبلة

كانت او كثيرة ،،، بل المستأجر لا الآجر مخير ان يقلع او يبقيهما للآجر فتكون ملكا له مع ارضه وهو واضح.

الفصل الثاني

في اجارة العروض

(مادة : ٥٣٤) يجوز اجارة الالبسة والاسلحة والخيام وامثالها من المنقولات لمدة معلومة مقابل بدل معلوم .

اجارة كلية او شخصية ، مقيدة او مطلقة ، مضافة او منجزة :

(مادة : ٥٣٥) لو استأجر ثيابا على ان يذهب بها الى محل ثم لم يذهب ولبسها في بيته او لم يلبسها يلزمه اجرتها .

لا يختص هذا بالمنقولات بل كل مأجور اذا سلمه المؤجر للمستأجر لزمته الاجرة سواء استوفى منفعته او عطلها فلو استلم الدار او الدابة ولم يركب ولم يسكن . او الانسان المستأجر ولم يستعمله لزمته الاجرة في الجميع ، كما ان مادة (٥٣٦) من استأجر ثيابا على ان يلبسها بنفسه فليس له ان يلبسها غيره ، لا تختص بالثياب بل يطرد ذلك في كل اجارة شخصية مقيدة بالمباشرة ، انما الاشكال المعضل في المقام ما لو استوفى المنفعة غير المستأجر الخاص فهل يستحق المؤجر اجرة المثل مع اجرة المسمى بناء على امكان منفعتين متضادتين في وقت واحد كما مال

اليه او قال به السيد الاستاذ في عروته في نظائر المقام او عدم الامكان فتبطل الاجارة ويستحق بدل المثل على من استوفى المنفعة لفوات المحل كما هو الاقوى عندنا لاستحالة ان يكون للشيء الواحد منفعتان متضادتان في وقت واحد ، فلو استأجر دابة لادارة الرحى يوم الجمعة فركبها الى (بغداد) لا يعقل ان يكون لتلك الدابة تلك النفعتان ويستوفي المالك اجرتين المسمى واجرة المثل بل المعقول بطلان اجرة ادارة الرحى المسماة ويستحق اجرة المثل ، اما استحقاقهما معاً فبأي وجه يكون ؟

ويلحق بهذا فروع كثيرة من هذا القبيل مثل ما او استأجر دابة لركوبه بنفسه فآجرها من غيره فعلى الاول يستحق المالك الاجرتين - الاولى وهي المسماة والثانية اجرة المثل من المستأجر الثاني . وعلى ما اخترناه تبطل الاولى للتفويت ويستوفي من الثاني اجرة المثل او اكثر الامرين منها ومن المسماة ونظائر هذا كثيرة .

وعكس هذا النوع اعني ما تسقط فيه كلا الاجرتين ما لو استأجره على خياطة ثوبه في ساعة معينة او يوم معين فاشتغل ذلك اليوم بعينه ببناء دار المستأجر او نحوها مع علمه فانه لا يستحق اجرة الخياطة لعدم الاتيان بها ولا اجرة البناء لانه متبرع لم يؤجر عليها فتدبر هذه الفرائد واغتنمها .

انفصل الثالث

« في اجارة الدواب »

عرفت ان التعيين في الاجارة شرط ركني فاذا آجرك الدابة فلابد من تعيين الدابة والمحل والزمان والاجرة ، ومن هذا يظهر التسامح فى مادة (٥٣٨) كما يصح استكراء دابة معينة يصح الاشتراط على المكاري الايصال الى محل معين "" فان استكراء الدابة المعينة لابد معه من تعيين المحل وبدونه فالاجارة باطلة .

(مادة : ٥٣٩) لو استؤجرت دابة معينة الى محل معين وتعيب في الطريق فالمستأجر يكون مخيراً اما بانتظارها حتى تستريح او نقض الاجارة ودفع اجرة ما مضى من المسافة من المسمى بالنسبة ولا يجري فيه.

(مادة : ٥٤٠) لو اشترط حمل معين الى محل معين وتعبت الدابة في الطريق فالمكاري مجبور على تحميله على دابة اخرى وايصاله الى ذلك المحل .

لان الدابة هنا غير شخصية فله ان يحمله على اي دابة شاء بل له ان يحمله على اي مركوب آخر من (عربة) او (سيارة) او غيرهما .

(مادة : ٥٤١) لا يجوز استيجار دابة من دون تعيين ولكن ان عينت بعد العقد وقبل المستأجر يجوز ، وايضاً لو استؤجرت دابة من

نوع على ما هو المعتاد بلا تعيين يجوز ويصرف على المتعارف المطلق مثلا ـ لو استؤجرت دابة من المكاري الى محل معلوم على ما هو المعتاد بلا تعيين يلزم المكاري ايصال المستأجر على دابة الى ذلك المحل على الوجه المعتاد .

قد تكرر منا بيان ان الاجارة بدون التعيين باطلة ، والتراضي بعد العقد على دابة معينة لا يجعلها مرتبطة بالعقد بل هو تراض مستقل لنفسه ويكون كاباحة ومعاطات ، نعم لو كان هناك انصراف او عرف او عادة قام مقام التعيين وصح العقد كما ذكر في ذيل هذه المادة .

[مادة : ٥٤٢] لا يكفي في الاجارة تعيين اسم الخطة والمسافة الا ان يكون اسم الخطة علماً متعارفاً لبلدة مثلا ـ لو استؤجرت دابة الى العراق لا يصح ان يلزم تعيين البلدة ولكن لفظ الشام وان كان اسم قطعة تعورف اطلاقه على بلدة دمشق الخ ...

تعيين اسم المسافة يكفي على نحو الكلية فيجعلها في اي جهة شاء وعلى نحو الشخصية فيعينها في جهة مخصوصة فلو استؤجرت الدابة ليسير عليها مائة فرسخ فله ان يسير بها من الشام الى العراق والى اي بلدة يريد من العراق .

(مادة : ٥٤٣) لو استؤجرت دابة الى مكان وكان يطلق على بلدتين فايهما قصدت يلزم اجرة المثل .

اذا قصد احدهما وعينه صح وتعين المسمى والا فسدت الاجارة وتعين بدل المثل لو استوفى المنفعة .

(مادة : ٥٤٤) لو استكريت دابة الى بلدة يلزم ايصال مستأجرها الى داره .

هذا غير لازم اصلا بل اللازم اتباع عرف البلد وتواضعهم فان اختلف فلابد من التعيين فى متن العقد فان لم يعين فلا حق في الايصال الى الدار بل الى طرف البلد ويدخلها .

(مادة : ٥٤٥) من استكرى دابة الى محل معين فليس للمستأجر ان يذهب بتلك الدابة الى محل آخر فان تلفت الدابة يضمن .

الضمان هنا بقاعدة اليد بعد خروجه عن الامانة فان تلفت ضمن العين والمنافع من حين التجاوز الى حين التلف خلافاً للحنفية القائلين بان (الاجر والضمان لا يجتمعان) بل عندنا يضمن المنافع مطلقاً تلفت العين ام لا .

وهذه المادة تغني عن جملة من المواد التي بعدها مثل ـ مادة (٥٤٧) لو استؤجر حيوان الى محل معين وكانت طرقه متعددة فللمستأجر ان يذهب باي طريق شاء من الطرق التي يسلكها الناس ولو ذهب من غير الطريق الذي عينه صاحب الدابة وتلفت فان كان اصعب من الطريق الذي عينه ضمن وان كان مساوياً او اسهل فلا ،،، بل الصحيح انه يضمن بالتجاوز مطلقاً ولا مستند لما ذكروه سوى الاستحسان والاعتبار الذي يذهب جفاء امام القاعدة والدليل .

ومثل مادة (٥٤٨) ليس للمستأجر استعمال دابة ازيد من المدة التي استأجرها وان استعملها وتلفت في يده يضمن ،،، فانها تكرار محض لما

سبق ، وهكذا مادة (٥٤٩ و ٥٥٠ و ٥٥١ و ٥٥٢) فان الجميع فضول وتكرار بلا فائدة يلزم درجها جميعاً في مادة او مادتين عند التحرير .

[مادة : ٥٥٣] لو استكرى دابة للركوب من دون تعيين من يركبها ولا التعميم على ان يركبها من شاء تفسد الاجارة ولكن لو عين وبين قبل الفسخ تنقلب الى الصحة ولا يركب على تلك الدابة غير من تعين .

هذه المادة متهافتة متدافعة من جميع نواحيها فان الاجارة اذا كانت فاسدة فما معنى الفسخ ، ثم كيف ينقلب الفاسد صحيحاً والشيء لا ينقلب عما وقع عليه .

و « التحقيق » ان الاجارة المزبورة اي الخالية من التعيين والتعميم صحيحة وهي على حد سائر الاجارات الكلية فانه يستأجر الدار والدابة شهراً معيناً ليستوفي تمام منافعها اي يملك كل منفعة يمكن استيفاؤها من تلك الدار او الدابة باي نحو اما بنفسه او بايجارها لغيره او غير ذلك ، كل هذا جائز وصحيح ، وهذا هو مفاد كل اجارة مطلقة فاذا ارادا غير ذلك وجب التعيين واذا لم يعينا فليس معناه انها فاسدة بل تكون مطلقة عامة ان لم يكن عرف خاص ينصرف اليه الأطلاق كما في مادة (٥٥٤) ومادة (٥٥٥) وكله واضح .

(مادة : ٥٥٦) ليس للمستأجر ضرب دابة الكراء من دون اذن صاحبها ولو ضربها وتلفت يضمن .

بل له ان يضربها على المتعارف وان لم يأذن صاحبها .

(مادة : ٥٥٧) لو اذن صاحب دابة الكراء بضربها فليس للمستأجر الا الضرب على الموضع المعتاد مثلا ـ لو كان المعتاد ضربها على عرفها فضربها على رأسها وتلفت يلزم الضمان .

اذا استند التلف الى الضرب المزبور ولم يكن مأذونا به بخصوصه اما لو استند الى سبب آخر او لم يعلم السبب او كان مأذونا به فلا ضمان .

(مادة : ٥٥٨) يصح الركوب على دابة استكريت للحمل .

لعل وجه ذلك عندهم ان الركوب اخف من الحمل وهو استحسان ممنوع صغرى و كبرى ، والاصح انه مع التقييد بالحمل فقط لا يجوز له الركوب ولو ركب فتلفت ضمن واجارة الحمل بطلت وعليه أجرة المثل للركوب .

ومن هذا القبيل من الاستحسان الغير حسن مادة (٥٥٩) لو استكريت دابة عين نوع حملها ومقداره يصح تحميلها حملاً مماثلا له او أهون منه في المضرة ولكن لا يصح تحميل شيء ازيد في المضرة مثلا من استكرى دابة على ان يحملها خمسة اكيال حنطة كما يصح له ان يحملها من ماله او مال غيره اي نوع كان خمسة اكيال حنطة كذلك يجوز ان يحملها خمسة اكيال شعير ـ ولكن لا يجوز العكس ـ يعني لان الحنطة اصلب من الشعير ، ويتضح بالمثال الثاني من [المجلة] كما لا يصح ان تحمل مائة وقية حديد دابة استكريت على ان تحمل مائة اوقية قطن .

فان ثقل كل واحد منهما وان كان واحداً ولكن ثقل الحديد :

يجتمع على رقعة صغيرة من ظهرها فيهده و يهضه بخلاف القطن فانه ينتشر على ظهرها فيهون ولا يؤذيها فانك قد عرفت عدم جواز التجاوز عن نص موضوع العقد فان هذه الطريقة تجعل العقد واهيا وتوجب الفوضى في العقود التي ما شرعت الا للضبط والاتقان بما لا يبقى معه مجال للتلاعب والتحوير حسب تبدل الاهواء والاغراض هذا مضافاً الى ما انبأنك عنه غير مرة من ان القصود تختلف اشد الاختلاف فقد يكون قصد صاحب الدابة اي المؤجر تحميلها الاثقل كالحديد لير وضها ولا يرضى بوزنه من القطن لانه خلاف غرضه .

ومثل هذه المأجريات عند الناس لا تحرز بالقياس ولا تدرك بالاستحسان ، فالجمود على نص العقود هو المتعين والا بطلت الفائدة وضاع الغرض المهم فتدبر هذا واغتنمه .

(مادة : ٥٦٠) وضع الحمل على الدابة على المكاري .

لأن المتعارف في بلادنا ذلك وقد يتعارف في بلاد خلافه فيكون هو المتبع .

(مادة : ٥٦١) نفقة المأجور على الآجر .

وقد تقدم قريباً توضيح هذا الموضوع وحكمه وان الموجر اذا لم يدفع نفقة الدابة ولا اذن بها للمستاجر اي لو استأذنه فلم يأذن يجبره حاكم الشرع فان لم يمكن ولم يحصل الغرض ينفق المستأجر ويرجع بها على المؤجر وله حبس العين بعد المدة حتى يأخذ حقه .

نعم لو انفق متبرعاً فلا معنى للرجوع حينئذ ، ومن هذا يظهر الخلل في

بقية هذه المادة ﴿ ولكن لو اعطى المستأجر علف الدابة بدون اذن صاحبها تبرعاً ليس له اخذ ثمنه من صاحبها بعد ﴾ .

الفصل الرابع

في اجارة الآدمي

﴿ مادة : ٥٦٢ ﴾ يجوز اجارة الآدمي للخدمة اولاجراء صنعة ببيان مدة اوبتعيين العمل بصورة اخرى .

هذا البيان غير كاف ولا شاف ، وتحرير هذاالبحث ان اجارة الانسان حراً اوعبداً اما ان تقع على الخدمة ، وبعبارة اجلى يستأجره على ان تكون كل منافعه له فيستعمله في كل مايريد من حوائجه ولا محيص في مثل هذه الاجارة من تعيينها بالمدة سنة معينة اوشهراً معيناً منجزة اومضافة. واما ان تقع على عمل معين مخصوص من كتابة اوخياطة اوحياكة فلابد هنا من تحديد العمل ومحل العمل اي ما يعمل فيه من خياطة ثوب او (جبة) او غير ذلك ، اما الزمان فان عينه تعين وان اطلق انصرف الى المتعارف وان لم يكن فاللازم ان يعمله بعد العقد بلا فصل ويكون له الاشتغال بمقدار ما يقدر له اهل الصنعة مثلا صياغة القلادة في اسبوع وصياغة الخاتم في يوم وهكذا فان لم ينضبط بذلك بطل كونه اجارة وصح جعالة بالمسمى فان لم يكن جعالة استحق لو عمل اجرة

المثل كما فى مادة (٥٦٣) لو خدم احد آخر على طلبه من دون مقاولة اجرة فله اجرة المثل ، لانه بعدم تعيين الاجرة لم يقع اجارة ولا جعالة فله اجرة المثل سواء كان ممن يخدم بالاجرة اولا ، ولا وجه لتقييده بالاول كما في (المجلة) فان عمل المسلم محترم وهو غير متبرع حسب الفرض .

نعم لو خدم بغير طلب لم يكن له حق المطالبة بالاجرة لانه متبرع سواء كان كبيراً او صغيراً خلافاً لبعض من الزم بها فى الثاني دون الاول وهو تحكم ، ولو اختلفا في الطلب فادعاه الخادم وانكره المخدوم حلف ولا حق الا اذا اقام الاول البينة كما في نظائرها ، اما لو اعترف بالطلب وقال : قصدت ان تعمل لي متبرعاً ، وقال الآخر : انا ما عملت بقصد التبرع بل بقصد الاجرة يحلف لأنه اعرف بقصده الذي عليه المدار لا على قصد الطالب ويأخذ الأجرة .

ومن هذا القبيل مادة (٥٦٤) لو قال احد لآخر اعمل هذا العمل اكرمك ولم يبين مقدار ما يكرمه به فعمل العمل المأمور به استحق اجر المثل ، لما عرفت من انه ليس اجارة ولا جعالة .

و « الضابطة العامة » ان كل عمل متقوم لشخص او في مال شخص عن اذن منه فللعامل اجرة المثل الا اذا كان اجارة او جعالة فالمسمى وان كان تبرعاً فلا شيء .

ومنه مادة (٥٦٥) لو استخدم العملة من دون تسمية اجرة تعطى اجرتهم ان كانت معلومة والا فاجر المثل ، لان الاطلاق مع المعلومية ينصرف اليها وان كان لا يخلو من نظر ومعاملة من يماثلهم على هذا

الوجه ايضا .

(مادة : ٥٦٦) لو عقدت الاجارة على ان يعطي الاجير شيئاً من القيميات لا على التعيين يلزم اجر المثل مثلا ـ لو قال الاجر لآخر ان خدمتني كذا اياماً اعطيتك بقرتين لا يلزم البقر للجهالة ويلزم اجرة المثل ، ولا فرق بين هذا وبين استئجار الظئر ـ وهي المرضعة ـ فلو استأجرها على ان يعمل لها البسة لا يصح الا اذا وصف الالبسة بما يرفع جهالتها كما يصح في الفرع المتقدم لو وصف البقرتين وان لم توصف الالبسة ولم تعرف كانت باطلة ولو ارضعت بهذه الصورة كان لها اجر المثل ، وقول (المجلة) يلزم من الدرجة الوسطى لا وجه له ، ومن اقيسة امام الحنفية انه قال : يجوز استيجارها بالبسة مجهولة وعوض مجهول لان محبة الآباء الزائدة لابنائهم تجعلهم يحنون على الظئر فيعطونها اكثر مما تستحق ، لان الاجارة لا تفسد للجهالة بل للجهالة الموجبة للنزاع والجهالة هنا لا توجب نزاعاً ، اه .

وهذا نظير ما يقولون : سبك مجاز بمجاز وغلط في غلط ، وهو ممنوع صغرى وكبرى ، فان الآباء وان كانوا يحبون اولادهم ولكنهم يجازفون باموالهم ويتنازعون على ما هو اقل من ذلك والشارع قد منع من مطلق الجهالة حماية للحمى حتى لا يصل الامر الى الجهالة الموجبة للنزاع فتدبره جيداً .

(مادة : ٥٦٧) العطية التي تعطى للخدمة من الخارج لا تحسب من الاجرة .

هذا واضح لا حاجة الى بيانه لانها عطية للخادم لا للمخدوم وان كانت على حسابه .

(مادة : ٥٦٨) لو استؤجر استاذ لتعليم علم او صنعة فان ذكرت مدة انعقدت الاجارة على المدة والاستاذ يستحق الاجرة بكونه حاضراً او مهيأ للتعليم قرأ التلميذ او لم يقرأ ، وان لم تذكر مدة انعقدت فاسدة وعلى هذه الصورة ان قرأ التلميذ فالاستاذ يستحق الاجرة والا فلا .

يعني يستحق اجرة المثل على تعليمه ، وعلى هذا فاستئجار المعارف طائفة من المعلمين براتب شهري وان لم يكن المدة معلومة باجمعها يمكن تصحيحة ان الاجارة حسب القصد الارتكازي والتعامل الجاري يكون على كل شهر برأسه فتكون المدة بهذا معلومة ويكون دفع الراتب عن اشهر العطلة كشرط ضمني .

و « الحاصل » ان الاجارة تقع على كل حصة من الزمن فيكفي معرفة الحصة ويقدح عدم معرفة جميع الحصص من المستقبل .

(مادة : ٥٦٩) من اعطى ولده الاستاذ ليعلمه صنعة من دون ان يشترط بينهما اجرة فبعد تعلم الصبي يعمل بعرف البلدة وعادتها وان لم يكن عرف فاجرة المثل .

(مادة : ٥٧٠) لو استأجر اهل قرية معلماً او اماماً للصلاة او مؤذناً واوفى خدمته يأخذ اجرته من اهل تلك القرية .

هذا مما لا اشكال فيه فيجمعونها من افرادهم على حسب العادة فيما بينهم او على مقدار سعة كل واحد منهم انما الاشكال في صحة مثل هـذه

الاجارة وهي مسئلة معروفة بالاشكال ومن معضلات الفن عند الفقهاء وهي مسئلة اخذ الاجرة على الواجباب وحيث ان [المجلة] لم تتعرض لهذا البحث مع انه من مهمات مباحث الاجارة وكان حقه ان يذكر هنا اي في اجارة الآدمي او في شرائط العمل المستأجر عليه ، وموجز القول فيه ان الواجب لا يخلو اما ان يكون عينياً او كفائياً وكل منهما لا يخلو اما ان يكون تعبدياً او توصلياً وكل منهما لا يخلو اما ان يكون وجوبه اصلياً او عرضياً وكل منهما اما ان يكون واجباً عليه او على غيره ، فالواجبات التوصلية بجميع انواعها سواء وجبت عليه او على غيره ، يجوز اخذ الاجرة عليها مطلقاً لان معنى التوصلي هو الذي يطلب وجوده في الخارج كيف اتفق ومن اي داع وسبب كان فيجوز ان يستأجرك غيرك لتطهير ثوبه او ثوبك للصلاة وغيرها كما يجوز ان تستأجره لذلك ايضاً وكذا الكلام في سائر التوصيليات واما التعبديات وهو ما لا يصح الا بنية القربة اي لا يحصل امتثاله الا باتيانه بداعي التقرب اليه تعالى في امتثال امره فلا يصح اخذ الاجرة عليه حسب القاعدة لان الاتيان به بداعي القربة يتنافى مع الاتيان به بداعي الاجرة سواء كان عينياً او كفائياً كصلاة الظهر او الصلاة على الميت وكـ [illegible] او تغسيل الميت فلا معنى لاستيجار شخص يصلي عنك صلاة الظهر و يصلي على ميتك او يغسله والاجارة تكون باطلة لاغية .

نعم يستثنى من ذلك اخذ الاجرة للصوم والصلاة والحج نيابة عن

الميت الذي ثبت بالدليل من اجماع وغيره صحته ، وقد اعضل على الاساطين تطبيق هذا الحكم على القواعد وتخريج وجه للجمع بين داعي القربة الذي تتقوم به روح العبادة وداعي الاجرة الذي لم يأت بالعمل عن الغير لولاها وهما متنافيان بالضرورة فكيف الجمع بينهما والشرع لا يصحح المستحيل ؟ وقد ذكروا لذلك وجوهاً متعددة لا يخلو اكثرها من نظر وهي موكولة الى محلها .

ويلحق بهذا المستحبات التعبدية مطلقاً كصلوة النوافل وقراءة القرآن فلا يصح ان تستأجر من يصلي النافلة عنك او عن نفسه او يقرأ القرآن له او لك او لو لديك ولكنهم جوزوا النيابة عن الغير حي او ميت في عامة المستحبات حتى الحج ولم يمنعوه الا فى الصوم والصلاة عن الحي فلا يصح ان تستأجر من يصوم عنك شهر رجب او شعبان او يصلي لك صلوة النافلة او صلوة التراويح .

نعم يجوز استيجاره ليزور عنك او يحج او يقرأ القرآن وهكذا سائر المستحبات التي تصلح فيها النيابة .

اما الواجبات الكفائية والمستحبات الكفائية فقد اشير لك انها ايضاً على قسمين ، تعبدية كصلوة الميت وتغسيله ، وتوصلية دينية كتعليم الاحكام وتبين مسائل الحلال والحرام واقراء القرآن وامثالها ، وتوصلية دنيوية كالصنائع والعلوم مثل علم الطب وسائر ماتتوقف عليه الحياة الاجتماعية من الحرف والمهن والصناعات فان الجميع واجب كفائي ولكنه توصلي دنيوي ضرورة ان غرض الشارع وجوده على اي نحو اتفق ليستقيم به

نظام الهيئة الاجتماعية ، وقد عرفت ان الاول اعني - التعبدي - لايجوز اخذ الاجرة عليه مطلقاً ، نعم تجوز الاجرة على مقدماته او مستحباته الغير العبادية كما يجوز اخذ الاجرة على قسم التوصليات منه مطلقاً ، وقد اتضح لك بهذا البيان ان اخذ الاجرة على تعليم اهل القرية وامامة الصلاة والاذان للاعلام بالوقت لا لصلاة نفسه جائز والاجارة صحيحة على الاقرب في رأبي وان منع منه جماعة من العلماء وهو الاوفق بالاحتياط .

فان قيل : انه يجب قيام العالم والمؤذن والمقري بمثل هذه الشعائر الدينية ولولا ذلك لذهب الدين وتعطلت الاحكام .

قلنا : نعم لاريب في وجوب كل ذلك ولكن وجوباً كفائياً توصيلياً لان الغرض حفظ الدين ونشر الاحكام ولا ينافيه اخذ الاجرة بعد ان كان المهم نفس وقوعها ، نعم هو مكروه كراهة شديدة سيما في تعليم القرآن لقوله عليه الصلاة والسلام ﴿ اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به ﴾ سواء كان من باب الفعل او الافعال ، واشد منه امامة الجماعة بل لا تخلو صحة الصلاة معه من اشكال ، نعم لا كراهة لمن دفع ولده لمن يعلمه القرآن ان يكرمه ويحسن اليه ولكن لا بنحو الاجرة ويجوز للمعلم الأخذ خصوصاً اذا كان فقيراً ولا مهنة له سوى ذلك ، وكذلك قرائة القرآن لارواح الاموات فينبغي للناس ان يعطوهم وينبغي بل يجب على هؤلاء القراء والمعلمين ان لا يماكسوهم .

وقد حررنا هذا البحث على جري القلم من دون تجديد مراجعة واستقراء فعليك ايها الطالب الاستقصاء التام في مظانه ، والله ولي

التوفيق .

(مادة : ٥٧١) الاجير الذي استؤجر على ان يعمل بنفسه ليس له ان يستعمل غيره ، الخ ...

قد تكرر بيان هذا وانه من الاجارة الشخصية فلو تجاوز منطوقها ، وتعدى عن نصها لم يستحق الاجرة و كان ضامناً لو تلفت العين المستأجر على العمل بها ، وهي قضية مطردة سيالة فى جميع الأعمال مقيدة تارة ومطلقة أخرى ولـكل حكمه ، وقد اشار الى الطلقة في مادة (٥٧٢) لو اطلق حين الاستئجار فللمستأجر ان يستعمل غيره ، ومادة (٥٧٣) قول المستأجر للاجير اعمل هذا الشغل اطلاق ، فلو قال للخياط : خط هذه (الجبة) بكذا ، عن دون تقييد بنفسك او بالذات وخاطها الخياط بخليفته او خياط آخر يستحق المسمى وان تلفت بلا تعد لا يضمن .

حيث لا تكون هناك قرينة حال او مقال بارادته نفس الخياط كما لو كان استاداً ماهراً او ما اشبه ذلك والاضمن بدفعها للغير .

[مادة : ٥٧٤] كل ما كان من توابع العمل ولم يشترط على الاجير يعتبر فيه عرف البلدة وعادتها كما ان العادة ان الخيط على الخياط ، ومثله في ان المتبع هو العرف والعادة مادة (٥٧٥) يلزم الحمال ادخال الحمل الى الدار ولـكن لا يضعه في محله مثلا - ليس على الحمال اخراج الحمل الى فوق الدار ولا وضع الذخيرة فى الانبار .

ومثلها - مادة (٥٧٦) لا يلزم المستأجر اطعام الاجير الا ان يكون عرف البلدة كذلك .

ومادة ﴿ ٥٧٧ ﴾ ان دور دلال مالا ولم يبعه ليس له اجرة واذا باعه دلال آخر كانت له الاجرة فقط .

﴿ مادة : ٥٧٨ ﴾ لو اعطى ماله للدلال وقال : بعه بكذا دراهم ، فان باعه الدلال بازيد من ذلك فالفاضل ايضاً لصاحب المال وليس للدلال سوى الاجرة .

ولـكن الدلال فى بيعه بالزائد الغير مأذون به يكون فضولياً يحتاج الى الاجازة وتفسد الاجارة . ويستحق اجرة المثل على بيعه ، وقد ورد في حديث عروة البارقي نظير هـذا حيث دفع له النبي صلى الله عليه وآله وسلم درهمين ليشتري له بهما شاة فاشترى شاتين ، نعم يمكن خروجه عن الفضولي بدعوى العلم باذن الفحوى وان المالك يرضى ببيع ماله بالزائد .

﴿ مادة : ٥٧٩ ﴾ لو خرج مستحق بعد اخذ الدلال اجرته وضبط المبيع اورد بعيب لا تسترد اجرة الدلال .

إلا اذا كان الدلال عالماً بانه مستحق للغير فانه لا يستحق الاجرة على معاملة باطلة بل ربما تكون حراماً لانها اعانة على الاثم كما لو باع مال الوقف مع علمه بوقفيته الى كثير من امثاله .

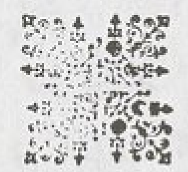
﴿ مادة : ٥٨٠ ﴾ من استأجر حصادين ليحصدوا زرعه الذي في ارضه وبعد حصادهم مقداراً منه لو تلف الباقي بنزول الحالوب ﴿البرد﴾ او بقضاء آخر فلهم ان يأخذوا من الاجر المسمى مقدار حصة ما حصدوه وليس لهم اخذ اجر الباقي .

هذه المسئلة سيالة كثيرة الفروع موضوعها الكميات المتصلة والمنفصلة اي القارة وغير القارة التي مر نظيرها في البيع وانها تنحل الى عقود متعددة فتصح في الموجود الممكن وتبطل في المفقود المتعذر بخلاف مالو كان عقداً واحداً بسيطاً فان الكل يعدم بانعدام بعض اجزائه .

ومن هذا القبيل لو استأجره على خدمة سنة فخدمه ستة اشهر ومرض فانه يستحق نصف الاجرة وهكذا لو استأجره على خياطة الثوب فخاط نصفه بخلاف ما لو استأجره على كون الثوب مخيطاً فانه امر بسيط فلو خاط بعضه لم يستحق شيئاً ويتضح هذا في مثل السفر فتارة يستأجره على المسير الى المدينة واخرى على كونه في المدينة ، واوضح من هذا ان يستأجره على الحج وأداء المناسك واخرى على تفريغ ذمة ابيه من الحج الذي اشتغلت به ذمته ، ومع ذلك فتمييز احد النوعين عن الآخر في بعض المقامات من اعقد المشكلات .

(مادة : ٥٨١) كما انه للظئر فسخ الاجارة او مرضت (وتستحق اجرة ما مضى) كذلك للمسترضع فسخها اذا مرضت او حملت او ظهر بها احد العيوب الخ ...

وهو واضح .



الباب السابع

في وظيفة الآجر والمستأجر بعد العقد

ويشتمل على ثلاثة فصول

الفصل الاول

في تسليم المأجور

تسلم العين المأجورة هو بعينه

تسليم العين المبيعة الذي قد عرفت الكلام فيه في ﴿الجزء الاول﴾ مفصلا وان اكثر الفقهاء فسروه بالتخلية وذكرنا ما فيه من الخلل والتسامح وانه يختلف باختلاف الاعيان المبيعة وقد عرفت قريباً ان الاجارة ايضاً تتعلق بالعين ولكن من حيث المنفعة وتسليم المنفعة لا يكون الا بتسليم العين وهو يختلف باختلاف الاعيان ايضا و ﴿المجلة﴾ هنا قد تسامحت ايضاً حيث فسرته بما الى التخلية او الاذن وهو لا يطرد فى جميع المستأجرات فان تسليم مثل الحلي والحلل لا يتحقق الا باقباضه يداً بيد كالنقود وهكذا فى اكثر المنقولات ، نعم يتم ما ذكروه في الدور والعقارات ونحوها. وبهذا يتضح القصور فى مادة [٥٨٢]

« تسليم المأجور هو عبارة عن اجازة الآجر ورخصته للمستأجر ان ينتفع به بلا مانع .

ومن توضيح الواضحات مادة (٥٨٣) اذا انعقدت الاجارة الصحيحة على المدة والمسافة فيلزم تسليم المأجور للمستأجر على ان يبقى في يديه مستمراً الى انقضاء المدة او ختام المسافة .

فان هذا من لوازم الاجارة وبدونه لا يبقى لها معنى محصل ولا حاجة الى المثال بالكروسة ووصولها ال المحل كما ان من لوازم الاجارة وملكية منفعة العين المأجورة تسليمها فارغة من كل ما يشغلها على ما في مادة (٥٨٤) لو آجر احد ملكه وكان فيه ماله لا تلزم الاجرة ما لم يسلمه فارغاً الا ان يكون قد باع المال للمستأجر ايضاً .

(مادة : ٥٨٥) لو سلم الدار الاحجرة وضع فيها اشيائه يسقط من بدل الاجارة مقدار حصة تلك الحجرة والمستأجر مخير في الدار (بخيار تبعض الصفقة) وان اخلى الاجر الحجرة وسلمها قبل الفسخ تلزم الاجارة يعني لا يبقي للمستأجر حق الفسخ .

اي حيث لا يمضي زمان متقوم لعدم تسليم الحجرة والا فاخلاؤها بعد زمان معتد به لا يسقط خياره .

الفصل الثاني

في

﴿ تصرف العاقدين في المأجور بعد العقد ﴾

(مادة : ٥٨٦) للمستأجر ايجار المأجور لآخر قبل القبض ان كان عقاراً وان كان منقولا فلا .

وذكروا في وجه الفرق بينهما ان احتمال هلاك المنقول غالب واحتمال هلاك العقار نادر ، والنادر لايعتبر فى الاحكام الشرعية ، وهو كما ترى قياس واستحسان لايستقيم به الميزان ، فان احتمال الهلاك لايصلح فارقا فانه ان هلك قبل القبض وجرت فيه قاعدة (التلف قبل القبض) انفسخ العقد فيهما والا نفذ العقد فيهما و كان تلف العين على المؤجر وتلف منافعها على المستأجر ويذهب الثمن المسمى عليه سواء كان عقاراً اومنقولا ، ومقتضى ملكيته المنفعة ان له ايجاره مطلقاً من المؤجر ومن غيره ، ومنع بعضهم ايجاره من المؤجر لا وجه له ، كما ان له بيع المبيع ثانيا للبائع ولغيره كما يجوز بيع بدل المنفعة اذا كان عيناً من المستأجر ومن غيره ، واذا كان ديناً يجوز بيعه منه ايضاً ومن غيره بناء على جواز بيع الدين مطلقاً كما يجوز هبته للمستأجر فيكون ابراء ومن غيره بناء على تمطي الهبة من العين الى الدين وعدم اختصاصها بالاعيان فيكون

تمليكا مجانيا .

(مادة : ٥٨٧) للمستأجر ايجار ما لا يتفاوت استعماله وانتفاعه باختلاف الناس لآخر .

يعني انه لو استأجر دكانا او حماما او سفينة يجوز ان يؤجره لغيره كما يجوز اعارته للغير ، اما ما يتفاوت الناس باستعماله كالدابة والثياب فلا يجوز .

وقد عرفت مكرراً ان الملاك ليس قضية التفاوت في الاستعمال مضافاً الى انه مما لا ضابطة له فان الدار ايضاً مما يتفاوت الناس باستعمالها فيستعملها بعض بمدارات وبعض بغير مبالات ، بل الميزان العدل فى ذلك هو الاجارة الكلية فيجوز او الشخصية فلا يجوز فالعبرة بالاطلاق والتقييد لا غير فتدبره .

(مادة : ٥٨٨) ان آجر المستأجر باجارة فاسدة المأجور لآخر باجارة صحيحة يجوز .

عرفت ان الاجارة الفاسدة و الباطلة سواء ، واذا كانت الاجارة فاسدة لم يترتب الأثر عليها وهو تملك المنفعة واذا لم يملكها كيف يصح تمليكها لغيره والفاسد لا يترتب عليه الا الفاسد لا الصحيح ؟.

(مادة : ٥٨٩) لو آجر احد ماله مدة معلومة لآخر باجارة لازمة ثم آجر ايضاً تلك المدة تكراراً لغيره لا تنعقد ولا تنفذ الاجارة الثانية ولا تعتبر .

احترز باللازمة عما لو كانت الاجارة جائزة لخيار شرط فيها ونحوه

فان ايجاره ثانياً تلك المده بعينها من آخر بعد فسخاً للاولى ، ولكن مع ذلك كان ينبغي ان تقول : انها لا تنفذ بل تبقى موقوفة على اجازه المستأجر الاول ويكون المؤجر فضولياً بالنسبة الى المستأجر الاول لا أنها لا تنعقد اصلا فتدبر .

اما لو آجر غير تلك المده فلا مانع من توارد الاجارات المتعاقبة على العين الواحده باختلاف الازمنة .

(مادة : ٥٩٠) لو باع الآجر المأجور بدون اذن المستأجر يكون البيع نافذاً بين البائع والمشتري وان لم يكن نافذاً في حق المستأجر .

هذا البيان قاصر ناقص ، وتحرير البحث ان المؤجر اذا باع العين المأجورة وقع النظر من جهتين .

جهة البائع والمشتري .

وجهة البيع والاجارة ، او المؤجر والمستأجر .

اما من الجهة الاولى فان كان المشتري عالماً حين العقد بان المبيع مأجور لزم البيع عليه ولا خيار له اصلا ولزم عليه الصبر الى انتهاء مدة الاجارة وبعدها يستلم العين لانه قد اشتراها مسلوبة المنفعة ، والبيع المتأخر لا يبطل الاجارة المتقدمة ، وان كان جاهلا بها ثم علم كان له الخيار ان شاء امضى البيع وصبر وان شاء فسخ ولا حق له في فسخ الاجارة اصلا .

واما من الجهة الثانية فقد ظهر لك انه لا تزاحم بين الاجارة السابقة والبيع اللاحق اصلا ولا سبيل للمشتري على فسخها كما لا سبيل للمستأجر

على فسخ البيع بل يقضي مدته ثم يدفع العين الى المشتري .

اذاً فما معنى قول (المجلة) وان لم يكن نافذاً في حق المستأجر ؟ وكان حقه ان تقول : وان لم يكن نافذاً في حق المشتري لو كان جاهلا ، ولا حاجة بل ولا فائدة فيما فرعته على ذلك بقولها . حتى انه بعد انقضاء مدة الاجارة يلزم البيع في حق المشتري وليس له الامتناع الخ ..... يعني اذا كان عالماً .

الفصل الثالث

في بيان مسائل تتعلق برد المأجور واعادته

اكثر مواد هذا الفصل مع وضوحها وكونها غنية عن البيان مكررة متداخلة يغني بعضها عن بعض مثلا ـ مادة (٥٩١) يلزم على المستأجر رفع يده عن المأجور عند انقضاء الاجارة ـ هي عين مادة (٥٩٢) ليس للمستأجر استعمال المأجور بعد انقضاء الاجارة ، ولا اختلاف بينهما الا في العبارة ، فان رفع اليد عبارة ثانية عن عدم الاستعمال ، كما ان مادة (٥٩٣) لو انقضت الاجارة واراد الآجر قبض ماله يلزم المستاجر تسليمه أياه تكفي عنها وتدل عليها مادة (٥٩٤) لا يلزم المستأجر رد المأجور ويلزم الآجر ان يأخذه عند انقضاء الاجارة الخ .. وكذا مادة (٥٩٥) ان احتاج رد المأجور الى الحمل والمؤنة فاجرة

نقله على الآخر ،

و « بالجملة » فحق حسن التحرير يقضي بالغاء هذا الفصل وجمع جميع مواده في مادة واحدة فيقال : العين المأجورة امانة في يد المستأجر وهي امانة مالكية لا يجب ردها بل يجب تسليمها عند طلبها وعلى المؤجر تسلمها ولو احتاج ردها الى اجرة فعلى المالك ولا يجوز بعد انقضاء المدة استعمالها الا باذن جديد فلو استعملها بدون اذن وتلفت ولو بغير تفريط ضمن ولو تلفت بغير استعمال وغير تفريط قبل الطلب فلا ضمان . الا ان يشترط على المستأجر ردها ونفقتها فيكون عليه ضمانها لو قصر في ردها او نفقتها .

ومن الغريب قول بعض الشراح : اذا اشترطا ان يكون اجرة اعادة المأجور على المستأجر فسدت الاجارة لانه شرط مفيد للمؤجر والشرط المفيد لاحد العاقدين يفسد الاجارة اه .

وما ادري كيف صار الشرط المفيد لاحد العاقدين مفسداً للاجارة مع ان كل من يشترط شرطاً فانه يشترطه باعتبار انه مفيد له ، فهل يريد هذا القائل ان الشرط الصحيح هو ما يكون لغواً لا فائدة فيه ، او يحصره في المفيد لهما معاً والكل تحكم وجزاف يحكم عموم ادلة الشروط :

الباب الثامن

(في بيان الضمانات ويحتوي على ثلاثة فصول)

الفصل الأول

في ضمان المنفعة

(مادة : ٥٩٦) لو استعمل احد مالا بدون اذن صاحبه فهو من قبيل الغاصب لايلزمه اداء منافعه ولكن اذا كان مال وقف اويتيم فعلى كل حال يلزم اجر المثل وان كان معداً للاستغلال فعلى ان لايكون بتأويل عقد اوملك يلزم ضمان المنفعة يعني اجرالمثل مثلا ـ لو سكن احد في دار آخر مدة بدون عقد اجارة لاتلزمه الاجرة لكن ان كانت تلك الدار وقفا اومال يتيم فعلى كل حال يعني ان كان ثم تأويل ملك وعقد اولم يكن يلزم اجر مثل المدة التي سكنها وكذلك ان كانت دار كراء ولم يكن ثم تأويل ملك وعقد يلزم اجر المثل وكذا لو استعمل احد دابة الكراء بدون اذن صاحبها يلزم اجر المثل .

قد مرّ عليك كثير من فروع هذا الباب ونظائر هذا الغرض المبتني على القاعدة الاساسية عند الحنفية من ان (الاجر والضمان لايجتمعان) وخالفهم الشافعية وعامة الامامية ، والقاعدة المزبورة مع انها لاتستند الى اي دليل شرعي ولا مدرك سوى الاستحسان وان معنى ضمان العين دخولها في الملك واذا دخلت العين في ملك انسان ملك منافعها فاذا

استوفاها لا يضمن لانه قد ضمن عينها وهو كما ترى ممنوع صغرى و كبرى فلا الضمان ملك ولا ملك العين مستلزم ملك المنفعة و لو سلمت كل هذه الاباطيل فما وجه استثناء الوقف ومال اليتيم فلو غصب الوقف او مال اليتيم ألا يكون ضامناً للعين فما وجه ضمان المنفعة مع ضمان العين ، وهل هذا الا من قبيل ما يقال: سطح بهوائين ثم سلمنا كل هذه التحكمات فما وجه استثناء المعد للاستغلال ايضاً اذا لم يكن بتأويل عقد أو ملك فاذا كان بتأويل الملك فلا ضمان .

أفليس من الحكم الجزاف والكلام الكيفي ما في مادة (٥٩٧) لا يلزم ضمان المنفعة في مال استعمل بتأويل ملك وان كان معداً للاستغلال مثلا - لو تصرف احد الشركاء مدة في المال المشترك بدون اذن شريكه مستقلا فليس للشريك الآخر اخذ حصته لانه استعمله على انه ملكه ، وهذا جزاف كما ترى في صغراه و كبراه فان الشريك حين يتصرف في كل الدار المشتركة لا يلزمه ان يقصد ان الدار باجمعها ملكه و لو قصد فليس لقصده اي أثر فضلا عن هذا الأثر الشديد وهو اسقاط حق شريكه من منافع حصته .

« وحقاً » ان الاحناف قد تطرفوا بهذه الفتوى مدى بعيداً ، وفتحوا لحلية غصب اموال الناس باباً واسعاً ، حيث صار بوسع كل احد ان يستأجر داراً اوحانوتاً اوغير ذلك ثم ينوي به الملكية فيكون غاصباً وينتفع به مدة حسب ارادته ثم يرده الى المالك بلا اجرة ولا بدل المثل ويكون ذلك حلالاً له ، وهذا حكم لا يسيغه ذوق انسان ولا يقره عقل ولا وجدان ، فكيف تقره الشريعة الاسلامية المقدسة ؟

ومثلها بل اسوء منها مادة (٥٩٨) لا يلزم ضمان المنفعة في مال استعمل بتأويل عقد وان كان معداً للاستغلال مثلا ـ لو باع احد لآخر حانوتا ملكه مشتركا بدون اذن شريكه وتصرف فيه المشتري ثم لم يجز البيع الشريك وضبط حصته ليس له ان يطالب باجرة حصته وان كان معداً للاستغلال لان المشتري استعمله بتأويل العقد يعني حيث انه تصرف فيه بعقد البيع لا يلزم ضمان المنفعة كذلك لو باع احد لآخر رحى على انه ملكه وسلمها ثم بعد تصرف المشتري لو ظهر لها مستحق واخذها من المشتري بعد الاثبات والحكم ليس له ان ياخذ اجرة لتصرفه في المدة المذكورة لان في هذا ايضا تأويل عقد.

فان تأويل العقد وشبهة الملكية لا تسقط الحق الصريح وملكية الشريك القطعية وباي وجه مشروع او معقول يستبيح المشتري منافع حصة الشريك الذي لم يجز العقد على ماله بغير اذنه ؟ وهل هذا الا اكل مال بالباطل ؟ والشرع ينادي (لا يحل مال امرئ الا بطيب نفسه ـ الا ان تكون تجارة عن تراض) والمنافع اموال بل هي ملاك مالية الاعيان ولذا تقابل بالاموال .

وهذه الفتوى الجائره ، والاحكام المجازفة ـ كلها انما جائت من آفة العمل بالقياس ، بل والقياس الوهمي او القياس مع الفارق ، او الاستحسان المخالف للنص الصريح ، والدليل الواضح ، عصمنا الله واخواننا المسلمين من الزلل فى القول والعمل.

(مادة : ٥٩٩) لو استخدم احد صغيراً بدون اذن وليه او وصيه

فاذا بلغ رشده يأخذ اجر مثل خدمته ولو توفي فلورثته ان يأخذوا اجر مثل تلك المدة من ذلك الرجل .

من المعلوم ان استخدام الصغير بدون اذن وليه غير جائز ، والمعاملة معه باطلة ، فلو استخدمه احد فعل حراماً بلا اشكال انما الاشكال في ضمان تلك المنافع اذا كان الصغير حراً كما هو فرض المسئلة بناء على ان منافع الحر لا تضمن اما مطلقاً او التفصيل بين المكسوب وغيره او تضمن مطلقاً كما هو الاقرب في رأينا لان الحر وان لم يكن مالا ولكن لا مانع من ان منافعه عند حصولها او العقد عليها تكون اموالا وبهذا صح ان يؤجر نفسه ، وعليه فمنافع الصغير ان استوفاها احد بوجه مشروع او غير مشروع تضمن ويدفع بدلها لوليه او له بعد بلوغه ورشده او لورثته بعد موته ولا يجوز اعطاؤها له في حال صغره ولا تحسب له و كذا لو انفقها عليه لباساً وطعاماً فانه يكون متبرعاً الا اذا اذن وليه بذلك .

الفصل الثاني

﴿ في ضمان المستأجر ﴾

عرفت ان العين المأجورة امانة مالكية في يد المستأجر ومن حكم الامانات مطلقاً عدم الضمان بغير تعد وتفريط وقد احسنت (المجلة) في مادة (٦٠٠) المأجور امانة في يد المستأجر ان كان عقد الاجارة

صحيحاً اولم يكن .

ولكنه اذا قبضه باذن المؤجر في الفاسدة اما لو قبضها بدون اذنه فهو ضامن مع الفساد مطلقاً ويتفرع على هذه المادة - مادة (٦٠١) لا يلزم الضمان اذا تلف المأجور في يد المستأجر مالم يكن بتقصيره او بتعديه او بمخالفته المأذونية .

يعني ان اسباب الضمان ثلاثة .

١ - : اتلافه بالتعدي .

٢ - : تقصيره في حفظه حتى تلف .

٣ - : مخالفته للاذن وشروط الاجارة .

فلو اشترط عليه ان لا يحمل على الدابة اكثر من وزنة فحمل عليها الاكثر فهلكت ولو بسبب آخر ضمن لانه بمخالفته الشرط خرج عن الامانة ، وكان ينبغي ان يضم الى اسباب الضمان سبب رابع وهو شرط الضمان مطلقاً وان كان في صحة مثل هذا الشرط بحث ولكن الاقوى الصحة ، وقد ذكرت (المجلة) السبب الاول في مادة (٦٠٢) يلزم الضمان على المستأجر لو تلف المأجور او طرأ على قيمته نقصان بتعديه ، مثلا - لو ضرب المستأجر دابة الكراء فماتت منه او ساقها بعنف وشدة فهلكت لزمه ضمان قيمتها .

ومن هذا القبيل مادة [٦٠٣] حركة المستأجر على خلاف المعتاد تعد تفريطاً ويضمن الضرر والخسار الذي يتولد منها مثلا - لو استعمل الالبسة التي استكراها على خلاف عادة الناس وبليت يضمن - وكذلك

احتراق الدار بسبب اشعال النار ازيد من عادة سائر الناس .

واشارت الى السبب الثاني في مادة (٦٠٤) لو تلف المأجور بتقصير المستأجر في المحافظة اوطرأ على قيمته نقصان يلزم الضمان ، مثلا - لو ترك المستأجر دابة الكراء خالية الرأس وضاعت يضمن لانه امين مكلف بحفظ الامانة فيضمن اذا قصر بالحفظ المعتاد .

واشارت الى الثالث في مادة (٦٠٥) مخالفة المستأجر مأذونيته بالتجاوز الى مافوق المشروط توجب الضمان ، واما مخالفته بالعدول الى مادون المشروط اومثله لاتوجبه ، مثلا - لو حمل المستأجر خمسين أقة حديداً على دابة استكراها لان يحملها خمسين أقة سمناً وعطبت يضمن واما لو حملها حمولة مساوية للدهن في المضرة اواخف وعطبت لايضمن .

اما مادة (٦٠٦) فهي من توابع ماتقدم في مادة (٥٩١) و (٥٩٢) ومادة (٦٠٠) وحقها ان تذكر في احدى تلك المواد .

الفصل الثالث

﴿ في ضمان الأجير ﴾

هذا الفصل معقود لتلف المستأجر فيه والذي قبله كان لبيان تلف المأجور ، وحيث أن الملاك في المضامين متحد كان الانسب بالتحرير جمعها في مقام واحد فان تلك الاسباب بعينها هي اسباب ضمان المستأجر فيه فاذا اعطيت

الخياط ثوباً ليخيطه فاتلفه اوقصر في حفظه حتى تلف، اوتعدى الاذن اوالشرط كان ضامناً وكذا لو غرّه وقال يتسع لصنعه قباء فظهر خلاف ذلك، ولا فرق في ذلك بين الاجير الخاص والمشترك ولا حاجة الى تكثير الامثلة وتكرار المواد والفصول، ولا نجد وجهاً مقبولا اومعقولا للفرق بينهما، وما يقال من أننا لوقلنا: بان الاجير المشترك لا يضمن التلف الحاصل من عمله - يباشر بتقبيل اعمال فوق طاقته ويضر بالمستأجرين، ففساده غني عن البيان، وتنقيح القول على الاجمال في ضمان الاجير ما يعمل فيه ان القاعدة تقتضي عدم ضمانه كالمستأجر بالنسبة الى العين الا مع التعدي والتفريط اوالتغرير - فالقصار والنجار والبيطار والخياط والصائغ وسائر ارباب المهن والصنائع حتى الحمال والمكاري للنقل والحمل لا يضمنون ما يتلف اويعاب بايديهم من اموال الناس الا بالاتلاف اوالشرط اوالتفريط في الحفظ اوالتقصير في العمل اوالتغرير بان يقول له المستأجر: ان كان هذه القطعة من القماش تكفي جبة ففصلها، فقال: نعم تكفي ففصلها فظهر انها لا تكفي ولا فرق بين ان يشترط عليه اويسئله فيقول نعم، اذا كان مغروراً منه، اما مع عدم شيء من هذه الاسباب فلا ضمان لانه امين كالعين في يد المستاجر لاستيفاء المنفعة ولكن ذهب اكثر الفقهاء الى ان الخياط والقصار اذا افسد الثوب ضمن، وكذا الختان والحجام والكحال والبيطار وكل من آجر نفسه لعمل في مال المستاجر اذا افسده كان ضامناً وان كان بغير قصده لعموم (من اتلف ....) وللصحيح عن الصادق (عليه السلام) في الرجل يعطي الثوب ليصبغه،

فقال « عليه السلام » (كل عامل اعطيته على ان يصلح فافسد فهو ضامن) ويظهر منهم اطلاق الضمان حتى مع عدم التعدي والتفريط بل قالوا بضمان الطبيب المباشر للعلاج اذا اضر وان كان حاذقاً الا مع اخذ البراءة وعدم التقصير وافرطوا حتى قالوا بضمان الحمال اذا عثر وزلق فوقع وانكسر ما كان يحمله كل ذلك لقاعدة الاتلاف ، وصدق الاتلاف في كثير من هذه الموارد مشكل والصحيح ناظر الى من افسد عن تقصير وتسامح ولذا لم يحكموا في ما لو استأجر دابة لحمل متاع فعثرت وتلف او نقص بضمان صاحبها الا اذا كان هو السبب في عثرتها بضرب زائد او نخس وكذا في السفينة لو غرق متاعها و سرق واذا استؤجر لحفظ متاع فسرق لم يضمن الا مع التقصير في الحفظ او الشرط .

نعم لو غلبه النوم فسرق قد يعد ذلك تقصيراً فيضمن لكنه مشكل ، وعلى كل حال لو سرق لم يستحق الاجرة ان كانت الاجارة على الحفظ ، اما لو كانت على النطارة والنظارة ولو لداعي الحفظ وقد قام بهما على العادة استحقها ، كما ان صاحب الحمام لا يضمن الثياب لان الاجرة انما هي للحمام فقط لا له وللحفظ ، نعم لو وضعها الى جنبه بصفة الامانة وجب عليه حفظها فلو قصر في الحفظ ضمن .

و « القصارى » انك عرفت ان كلا من المستأجر والاجير بالنسبة الى العين ومحل العمل امين وقاعدة [الائتمان عدم الضمان] الا اذا خرج عن الامانة باحد الاسباب المتقدمة فالاصل الاولي الذي يرجع

اليه فى موارد الشك هو عدم الضمان حتى يتحقق حصول السبب ومن جميع ذلك يتضح القول فى مواد هذا الفصل .

اما ـ مادة (٦٠٧) لو تلف المستأجر فيه بتعدى الاجير او تقصيره يضمن ، فلا اشكال فيها كما لا اشكال في مادة [٦٠٨] تعدي الاجير هو ان يعمل عملا او يتحرك حركة مخالفين لامر الآجر صراحة كان او دلالة الخ .... ومثلها مادة [٦٠٩] تقصير الاجير هو قصور فى محافظة المستأجر فيه بلا عذر مثلا ـ لو فرت الشاة ولم يذهب الراعي لقبضها تكاسلا واهمالا يضمن حيث انه يكون مقصراً وان كان عدم ذهابه قد نشأ عن غلبة احتمال ضياع الشاء الباقيات عند ذهابه يكون معذوراً ولا يلزم الضمان .

اما الاشكال والمنع في المادتين الاخيرتين ـ مادة (٦١٠) الاجير الخاص أمين حتى انه لا يضمن المال الذي تلف في يده بغير صنعه وكذا لا يضمن المال الذى يعمله بلا تعد ايضاً .

و ـ مادة (٦١١) الاجير المشترك يضمن الضرر والخسار الذي تولد عن فعله وصنعه ان كان بتقصيره او لم يكن .

فان الاجير الخاص اذا كان لا يضمن لانه امين فالاجير المشترك امين فحقه ان لا يضمن ايضاً فما وجه التفصيل بالضمان بينهما؟ كما عرفته قريبا موضحا .

والى هنا انتهت مواد (المجلة) من مباحث الاجارة وقد بقيت مسائل مهمة لم تتعرض لها او اشارت اليها بصورة مجملة يلزم بيانها .

الاولى ـ : ان صورة امتناع الانتفاع بالعين الماجورة وانواعه كثيرة وحيث ان اكثرها قد تقدم متفرقاً في عدة مواد وجدنا من حسن التحرير ان ننظم شتاتها في سلك واحد كعقد متلائم فنقول : ان امتناع تمام الانتفاع اما ان يكون لتلف العين او لتعيبها او لسبب آخر مع سلامتها .

اما التلف فان كان سماويا فهو موجب للفسخ بجميع انواعه بعد القبض او قبله في الاثناء او قبل الشروع في الاستيفاء ، غايته انه لو كان في الاثناء وزعت الاجرة المسماة على الماضي والباقي بالنسبة فاخذ المستاجر حصة ما بقي ودفع للمؤجر حصة ما مضى ويمكن الفسخ في الجميع واخذ بدل المثل عن الماضي ، وان كان باتلاف متلف فان كان هو المؤجر ضمن المثل اوالقيمة للمستاجر - يعني قيمة المنفعة - ولوقيل ان للمستاجر الخيار بين الفسخ واسترداد الاجرة المسماة اوالامضاء واخذ القيمة كان سديداً ، وان كان هو المستاجر ضمن العين ولزمته الاجرة المسماة وكان اتلافه بمنزلة الاستيفاء ، وان كان المتلف اجنبياً ضمن العين للمؤجر والمنفعة للمستأجر ، اما في العمل فتبطل الاجارة مطلقاً لزوال الموضوع ، وان كان المانع هو العيب فهو موجب لخيار المستأجر مطلقاً سواء كان قبل العقد او بعده قبل القبض او بعده فلوفسخ في اثناء المدة دفع من الاجرة المسماة بالنسبة عما مضى ، اما لو كان المانع غير التلف والعيب فاما ان يكون من المؤجر بامتناعه من تسليم العين وعدم التمكن من جبره بحاكم أو نحوه او سلمها ثم انتزعها او حال بين المستأجر وبين

الانتفاع فهو في الجميع ضامن للمنفعة بالمثل او القيمة ولو قيل بالخيار للمستأجر كان اصوب ، واما ان يكون من المستأجر فان كان لعذر كمرض يمنعه الركوب مثلا او زوال مرض كما لو استأجره على قلع ضرسه فزال الالم وامثال ذلك فالمسئلة مشكلة والقول بالبطلان فى الابتداء او في الاثناء للتعذر وتنزيل العذر الخاص منزلة العام قريب جداً وان كان لا يخلو من نظر ، اما لو تركها لا لعذر فقد لزمته الاجرة ، واما لو كان المانع اجنبياً كظالم او غاصب او غيرهما فان كان قبل القبض تخير بين الرجوع على المؤجر بالاجرة او الرجوع على الظالم بالبدل ، وان كان بعده فلا رجوع له على المؤجر وتعين الرجوع على الاجنبي ، وان كان المانع عذراً عاماً كنزول ثلج او قيام حرب وما الى ذلك فالبطلان ابتداء او في الاثناء وتتوزع الاجرة .

هذا هو التحرير الشافي المستوعب لجميع فروع القضية باختصار ويجوز ان يكون قد فاتنا شيء ولمن يستدركه علينا المحمدة والشكر وبالله التوفيق .

الثانية ـ : لم تذكر (المجلة) بطلان الاجارة او عدمه بموت المؤجر او المستأجر مع أنها من مواضع الخلاف بين فقهاء المذاهب كاختلاف فقهائنا فيها ولكن استقرت فتوى المتأخرين منا على عدم بطلانها اصلا بموت احدهما ولا بموتهما وتنتقل الاجرة الى ورثة المؤجر لو مات والمنفعة الى ورثة المستأجر .

نعم في الاجارة المقيدة بالمباشرة تبطل من حين الموت لا من اصلها

وتتوزع الاجرة ، وكذا لو آجر المرتزقة العين الموقوفه وقفا ترتيبيا وماتوا في اثناء المدة فان اجارتهم تبطل لانتقال الحق الى البطن اللاحق وملكيتهم محدودة ، الا اذا كان ايجارهم لمصلحة الوقف فانها تبقى الى تمام مدتها وكذا لو اوصى لرجل بالمنفعة مدة حياته ومات في اثناء الاجارة ، اما الاجرة على العمل فلا تبقى بل يجب على الورثة الاتيان بالعمل المستأجر عليه، اما لو اشترط عمله بنفسه اوسكناه بذاته فمات فللمؤجر الخيار ولو كان على نحو التقييد بطلت ، ولو آجر الولي الصبي مدة وبلغ في اثنائها وصار رشيداً فيحتمل البطلان في الزائد ويحتمل الصحة ويحتمل وقفها على الاجازة وهو الاقرب إلا اذا كانت مصلحته فى ذلك الوقت تقتضي اجارته تلك المدة المعينة فانها تلزم ولا حق له فى فسخها ، ويشبه ذلك مالو آجر العبد واعتقه في اثناء المدة اوآجر الدار وباعها في الاثناء كما سيأتي اوآجرت المرأة نفسها ثم تزوجت فان الجميع لازم لافسخ فيه ونفقة العبد في تلك المدة اما على المولى الذي استوفى منافعه فيها اوفي كسبه إن امكنه الكسب مع الخدمة اوعلى ذمته اومن بيت المال اوعلى المسلمين كفاية اوعلى مستأجره ويستوفيه منه بعد انتهاء المدةوهو الاقرب ، اما الزوجة فنفقتها على الزوج مع التمكين وان كانت الخدمة لغيره ،

الثالثة - : يجوز للمؤجر بيع العين المأجورة في اثناء مدة الاجارة فالمشتري يملك رقبة العين مسلوبة المنفعة تلك المدة والمستأجر يملك المنفعة ولا تزاحم بينهما ولكن لو كان المشتري جاهلا بالاجارة كان له الخيار لانه نقص في العين معنى وان لم يكن نقصا صورة وليس هو عيبا ولذا

ليس له المطالبة بالارش بل اما الامضاء واما الفسخ كسائر الخيارات غير خيار العيب ، ولو كان عالماً واقدم فلا خيار ، أما لو اعتقد أنها مثلا سنة ثم بان انها سنتان كان له الخيار على اشكال ، ولو فسخ المستأجر رجعت المنفعة الى البائع لا إلى المشتري .

نعم لو اعتقد البائع والمشترى بقاء المدة ثم انكشف انقضاؤها فالاقوى انها للمشتري لتبعية المنفعة للعين سواء شرطا كونها مسلوبة المنفعة او تبانيا عليه ولا يثبت للبائع خيار الا مع الغبن ، هذا كله لو بيعت على غير المستأجر اما لو بيعت عليه فهل تنفسخ الاجارة ام تبقى ؟ وجهان وتظهر الثمرة حينئذ في امور اظهرها استحقاق الاجرة والثمن معاً للبائع وعدمه ، (ثانيها) بقاء ملكيته للمنفعة لو فسخ البيع باحد اسبابه ، (ثالثها) ارث الزوجة من المنفعة فيما لا ترث من عينه ، (رابعها) رجوع المشتري بالاجرة لو تلفت العين قبل القبض وقبل انقضاء مدة الاجارة فان تلف العين في الاجارة يوجب الرجوع بالاجرة ، اما لو قلنا ببطلانها بالبيع فلا رجوع بل يرجع بالثمن فقط ، ولو وقع البيع منه والاجارة من وكيله في وقت واحد فالاقوى صحتهما معاً لقاعدة اعمال السببين ويثبت للمشتري الخيار .

(الرابعة) - : اذا تبين بطلان الاجارة قبل استيفاء شيء فلا اشكال وان كان بعد الاستيفاء كان للمالك المؤجر بدل المثل عما استوفاه المستأجر من المنفعة او ما عمله من عمل ، هذا اذا كان المؤجر جاهلاً ، اما لو كان عالماً فالمشهور عندنا انه لا شيء له لانه بتسليمه مع علمه بالفساد قد سلطه واسقط حرمة ماله وهذه عند اصحابنا قضية سيالة وقاعدة مطردة فيما كل

ما هو من هذا القبيل مثلا ـ لو سلم البائع المبيع مع علمه بفساد البيع فان كان موجوداً استرده وان اتلفه المشترى استرد الثمن من البائع ولا يرجع عليه بشيء لأنه سلطه على اتلاف ماله ، وعلى هذا السبيل نهجوا في سائر العقود ، وهي لعمر الحق طريقة غير مستقيمة ، بل عليلة سقيمة ، فان البائع هناك والمؤجر هنا ما سلطا المشتري والمستأجر على اتلاف المال مجاناً وانما سلطاه بالعوض وكون الشارع لم يمض تلك المعاملة لا يقلب الواقع عما هو عليه من أنهما لم يسلطا الا بالعوض .

و « بالجملة » فقاعدة احترام مال المسلم وأنه (لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه) تقتضي غرامة المال على من اتلفه الا مع التسليط المجاني المفقود في باب المعاوضات بالضرورة وان كانت فاسدة فالحق عندنا الضمان بالبدل فى جميع العقود الفاسدة حتى لو باع المسلم ماله بالخمر والخنزير وهكذا ذكروا في الاجرة وان المستأجر اذا دفعها عالماً بالفساد فان كانت موجودة اخذها وان كانت تالفة واتلفها المؤجر فلا رجوع والعامل اذا عمل في الاجارة الفاسدة قالوا : لا يستحق المسمى لفساد الاجارة ولا بدل المثل لانه متبرع ، وهذا عندي غريب لان المتبرع هو الذي يقول او يقصد ان يعمل بلا اجرة لا الذي يعمل بقصد الاجرة والشارع يفسدها واحكام الشارع بالصحة والفساد لا يقلب الموضوعات الخارجية عما هي عليه ، فتدبره واغتنمه فانه من نفائس التحقيق ، وبالله التوفيق .

الخامسة ـ : ان (المجلة) لم تتعرض لمسائل الخلاف والنزاع بين

المستأجر والمؤجر مع أن مسائل الشجار بين المتعاقدين من اهم مباحث العقود سيما فى الاجارة لكثرة الوقوع وعموم البلوى ونحن نذكر ذلك على نحو الاختصار، والنزاع فيها يقع على انحاء .

(الاول) لو تنازعا في اصل الاجارة قدم قول منكرها بيمينه فان كان قبل استيفاء شيء من المنفعة او العمل فلا شيء وان كان بعده او بعد شيء منه فان كان المنكر المالك كان له اجرة المثل ولا يستحق الزائد عليها من المسمى الذي يدعيه مدعي الاجارة وان وجب عليه باعترافه وحسب اعتقاده ان يوصله الى المالك ولو من حيث لا يعلم ، وان كان المنكر هو المتصرف قدم قوله ووجب عليه ان يدفع بدل المثل للمالك فان زاد على المسمى الذي يدعيه لم يجز له اخذه ولزم على المتصرف ان يوصله اليه باي نحو كان .

(الثاني) لو اتفقا على ان المتصرف مأذون باستيفاء المنفعة والمالك يدعي الاجارة والآخر يدعي العارية واصالة الاحترام اي عدم البذل والاذن بلا عوض تقضي بتقديم قول الاول و اصالة برائة ذمة المتصرف تقضي بتقديم قوله فيتحالفان وتثبت بعده أجرة المثل على قاعدة باب التداعي .

(الثالث) لو تنازعا في قدر الاجرة او قدر المأجور او مدة الاجارة او في اصل الشرط او في قدره يقدم قول منكر الزيادة ومنكر شرط مع يمينه الا اذا كان الشرط مما يقتضيه عقد الاجارة كالمحافظة على العين من لص اوذئب ونحوه .

(الرابع) لو تنازعا في تلف العين وعدمه قدم قول منكر التلف بيمينه على قاعدة المنكر والمدعي ، ولكنهم قدموا هنا قول المستأجر اذا ادعى التلف لأنه امين ، ولو تنازعا ان التلف كان عن تعد او تفريط قدم ايضاً قول منكره مع اليمين ايضاً .

(الخامس) لو تنازعا في ان المأجور هذه الدار او تلك او انه دار او دكان او بغل او فرس وهكذا او ان حمل المتاع الى (بغداد) او (البصرة) او ان الخياطة على قباء او قميص فكل ذلك من باب التداعي يتحالفان وتثبت اجرة المثل ان كان بعد العمل والا فلا شيء .

نعم لو اختلفت صورة الدعوى كما لو حمل المتاع الى بلد فانكر المالك ان يكون هو المستأجر عليه فالقول قوله بيمينه او خاط الخياط القماش قميصاً فانكر الاذن او الاجارة على ذلك فالقول أيضاً قوله ويضمن المتصرف كل نقص او ضرر ، اما لو كان قبل العمل فهو من التداعي كما ذكرنا .

(السادس) لو تنازعا في صحة الاجارة او فسادها بعد الاتفاق على وقوع العقد قدم قول مدعي الصحة كما في سائر العقود .

(السابع) اذا اختلفا في رد العين المأجورة فمقتضى قضية ان المستأجر امين ان يقدم قوله في الرد كما قدم في دعوى التلف وكلاهما خلاف الاصل ولكنهم هنا حكموا بتقديم قول المؤجر عملا باصالة عدم الرد اي استصحاب بقائها عند المؤجر ولم يعملوا بهذا الاصل في قضية التلف مع ان الامانة في المقامين ثابتة والاصل فيهما جار واستخراج وجه

الفرق بينهما يحتاج الى مزيد تأمل .

(الثامن) لو اختلفا فى المال المردود فقال المستأجر هذا مالك ، وقال المؤجر . ليس هـذا مالي ، فالقول قوله بيمينه وان قال بل مالي ذلك الشي كان من باب التداعي ، وصور النزاع والخلاف كثيرة ربما يتعسر ضبطها على التفصيل ولـكن « الضابط » انه كلما كان النزاع بالاقل والاكثر او دائر بين النفى والاثبات فالقول قول منكر الاكثر وقول النافي لا المثبت ، ومدعي الاكثر يحتاج الى اثبات من بينة وغيرها الا اذا كان امينا فيقدم قوله بيمينه وكل ما كان النزاع بين متباينين فهو باب التداعي والتحالف .

﴿ التاسع ﴾ مقتضى القواعد الاولية ان من استؤجر على عمل كخياطة او كتابة او صوم او صلوة وبقية شئون هذه المباحث موكولة الى ﴿ كتاب القضاء ﴾ كما انه قد بقيت من ﴿ كتاب الاجارة ﴾ عـدة مسائل جد مهمة ذكرها فقهاؤنا في مؤلفاتهم المتوسطة فضلا عن الموسوعات رأينا ان ذكرها يخرج بنا الى البسط الذي ربما لا يكون مرغوبا في هذه العصور التي توفرت فيها العلوم ، وتكثرت الفنون ، وازدحمت الاعمال ، حتى ضاق مجال الفكر والخيال ، على سعته عن استيعابها ، ولنكتف بهذا المقدار من مباحث الاجارة سائلين الحق جل شأنه ان يوفقنا لتحرير باقي كتب ﴿ المجلة ﴾ بمنه وكرمه .

اللهم عليك توكلنا واليك انبنا واليك المصير .

﴿ ويتلوه كتاب الـكفالة انشاء الله ﴾

الكتاب الثالث

في الكفالة

ويشتمل على مقدمة وثلاثة ابواب


بسم الله الرحمن الرحيم
وله الحمد

المقدمة

﴿ في الاصطلاحات الفقهية الدائرة بالكفالة ﴾

(مادة : ٦١٢) الكفالة ضم ذمة الى ذمة ، في مطالبة شيء يعني ان يضم احد ذاته الى ذات آخر ويلتزم ايضاً المطالبة التي لزمت في حق ذلك .

قد اجهد نفسه هذا المعرف ليفصح عن المعنى المقصود فلم يستطع وبقيت العبارة معقدة غير وافية بالمراد .

و (تحرير البحث) أن فقهائنا يعبرون عن هذا الكتاب (بكتاب الضمان) ويخصون (كتاب الكفالة) بتعهد النفس ، واحضار الشخص ، اما تعهد المال فهو الضمان ، وعرفت في (الجزء الاول) ان الضمان يستعمل في لسان الشرع والمتشرعة في معنيين .

الاول - : غرامة التالف ومنه (من اتلف مال غيره فهو له ضامن) وقول الحنفية (الاجر والضمان لا يجتمعان) .

الثاني - : ضم ذمة الى ذمة - اي جعل ذمة مشغولة بما اشتغلت به ذمة

اخرى ، بحيث يصير لصاحب الحق مطالبة ايهما شاء ، وايهما دفع تبرء ذمته وذمة الآخر ، هذا عند فقهاء المذاهب .

اما عند الامامية فهو نقل المال من ذمة الى اخرى بحيث تبرء ذمة الاول وتبقى ذمة الاخر هي المشغولة ، وقد اوضحنا لك فيما سبق ان الجميع يرجع الى معنى واحد ، واصل حقيقة الضمان هو العهدة والتعهد ، فغرامة التالف عبارة عن دخول البدل في عهدة التالف واشتغال ذمته به وهو ضمان العهدة وضم ذمة الى اخرى اونقل المال من ذمة الى ذمة وهو جعل الحق في عهدته اما معاً على سبيل البدلية كما عند القوم ، اونقلا وتحويلا كما عند الامامية ، وكفالة النفس ايضاً ترجع ايضاً الى ضمان العهدة يعني انك تتعهد باحضار الشخص في الوقت المعين أومتى شاء صاحب الحق كما في مادة (٦١٣) الكفالة بالنفس هي الكفالة بشخص واحد ، وما بعدها من مادة (٦١٤) الى مادة (٦٢٠) مكررات واضحات ومادة (٦١٧) سيأتي تفصيلها في مادتي (٦٢٣) و (٦٢٤)

و (الخلاصة) ان الكفالة اي الضمان نسبة واضافة تتقوم باربعة اطراف .

(١) الكفيل ـ وهو الضامن المتعهد .

(٢) المكفول ـ وهو المضمون عنه اومعه .

[٣] المكفول له ـ وهو صاحب الحق المضمون ويعبر عنه بالمضمون له .

[٤] الحق المضمون ـ وهو المال اوالنفس .

وهي عند اصحابنا عقد يتوقف على الايجاب من الضامن والقبول

من المضمون له وهو صاحب الحق ، اما المضمون عنه اي من عليه الحق فقيل : يعتبر قبوله ايضاً فتتقوم بايجاب وقبولين ، وقيل : لا يعتبر ، اما عند اصحاب « المجلة » فيكفي ايجاب الكفيل كما سيأتي .



الباب الأول

في

« عقد الكفالة ويحتوي على فصلين »

الفصل الاول

« في ركن الكفالة »

(مادة : ٦٢١) تنعقد الكفالة وتنفذ بايجاب الكفيل فقط ولكن ان شاء المكفول له ردها فله ذلك وتبقى الكفالة ما لم يردها المكفول له وبهذه الصورة لو كفل احد وطلب المكفول له في غيابه ومات قبل وصول خبر الكفالة اليه ويطالب الكفيل بكفالته هذه ويؤاخذ بها .

ذهب جماعة من متأخري فقهائنا الى كفاية الايجاب وعدم لزوم القبول العقدي من المضمون له اي المكفول له بل يكفي رضاه سابقاً اولا حقاً او مقارناً وحينئذ فلا يلزم فيه ما يلزم في سائر العقود اللازمة من صيغة خاصة وتوالي الايجاب والقبول وغير ذلك وهذا هو المعنى المعقول ولعله هو مراد ارباب (المجلة) وان كانت العبارة قاصرة عنه فان رضا صاحب الحق اي المكفول له لابد منه ولا يكفي عدم رده

ولا يلزم الكفيل بها مع عدم احراز رضا المكفول له فلو مات قبل العلم برضاه فالكفيل غير مشغول الذمّة وقولهم : ان الكفيل يطالب بكفالته ويؤآخذ بها غير سديد كما هو واضح باقل تأمل ، بل قد يكون في بعض الظروف والاعتبارات رضا المكفول اي المضمون عنه معتبراً ايضاً كما لو كان من ذوي الشأن ويكون عليه حزازة فى ضمان هذا الضامن الذي هو أحط منه درجة عند الناس فلا ينتقل الحق من ذمته الا برضاه .

[مادة : ٦٢٢] ايجاب الكفيل يعني الفاظ الكفالة هي الكلمات التي تدل على التعهد والالتزام فى العرف والعادة مثلا لو قال كفلت او انا كفيل او ضامن الكفالة ،،، عقد الضمان او الكفالة له صيغ خاصة عليه صراحة وبالمطابقة وهي ـ كفلت وضمنت ، وانا متعهد وانا ضامن ـ وله صيغ تدل عليه بالالتزام كقوله : حقك على فلان هو علي وأنا مشغول لك به ، واشباه هـذا ، والجميع كاف على حد سائر العقود اللازمة عندهم وان كان الاحوط بل الاقوى لزوم الاقتصار على الصيغ الصريحة او القريبة منها .

اما المجازات البعيدة واستعمال الفاظ عقد في آخر كما لو استعمل لفظ الحوالة واراد منه الكفالة بقرينة ام بغير قرينة فالاصح عدم انعقاد تلك المعاملات الخاصة بها وعدم تحقق تلك الحقائق باستعمالها .

(مادة : ٦٢٣) تكون الكفالة بالوعد المطلق ايضاً انظر مادة(٨٤) مثلا لو قال : ان لم يعطك فلان طلبك فانا اعطيك تكون كفالة فلو

لم يعطه يطالب الكفيل .

ذكرنا في تلك المادة ان المواعيد عندنا غير لازمة ، نعم يستحب الوفاء بالوعد استحباباً شرعياً ويجب الوفاء به وجوباً اخلاقياً ، فقوله : ان لم يعطك فلان فانا اعطيك ، وعد لا التزام ولا عقد لازم وليس بكفالة ولا ضمان انما الضمان ان يقول : انا ملتزم او متعهد او ضامن وما الى ذلك من الالفاظ الصريحة بالعهدة واشغال الذمة .

هذا فساد من هذه الناحية وفساد من ناحية اخرى وهي ان العقود اللازمة بل مطلقاً عند الفقهاء لا تحتمل التعليق سيما الضمان فلا يصح ان يقول : انا ضامن ان رضي ابي ، وانا ضامن ان لم يعطك المديون ، بل يشترطون في الضمان التنجيز كما سيأتي ، واستدلوا له بالاجماع تارة - وتحققه غير معلوم - وبمنافاة العقد للتعليق اخرى لان اثر العقد يلزم ان يكون متصلا به غير منفك عنه ، وفيه ان الاثر الخاص - اعني الالتزام او التعهد - في ذلك التقدير ايضاً متصل بالعقد غير منفك عنه فكما يجوز التوقيت في الضمان كقوله : انا ضامن بعد شهر أو بعد سنة يلزم جواز انا ضامن ان قبل ابي او ان لم يعطك غريمك فيكون نظير ضمان العهدة في الاعيان فانه ضمان في الحقيقة ضمان معلق على التلف كما مرت الاشارة اليه في قاعدة اليد فتدبره .

والى الضمان الموقت اشارت مادة (٦٢٤) لو قال : انا كفيل من اليوم الى الوقت الفلاني تنعقد منجزة حال كونها كفالة موقتة ، ومادة (٦٢٥) كما تنعقد الكفالة مطلقة تنعقد بقيد التعجيل والتأجيل يعني

مقيدة بالحال او بالوقت الفلاني ـ كل ذلك لاطلاق ادلتها المقتضي لجوازه كما يقتضي جواز تعدد الكفلاء عرضيين كما لو كفل شخصاً واحداً جماعة ، وطوليين كما لو كفل الكفيل كفيل وهكذا ويكون حال اولئك وهؤلاء حال الواجب الكفائي ان ادى واحد سقط عن الجميع والا فالجميع ذممهم مشغولة على نحو البدلية وكما في تعاقب الايدي على العين الواحدة كما حقق في محله واليه اشار بمادة (٦٢٦) يصح ان يكون للكفيل كفيل ومادة (٦٢٧) يجوز تعدد الكفلاء .

الفصل الثاني

في

﴿ بيان شرايط الكفالة ﴾

(مادة : ٦٢٨) يشترط في انعقاد الكفالة كون الكفيل عاقلا وبالغاً بناء عليه لاتصح كفالة المجنون والمعتوه والصبي ، ولو كفل حال صبوته واقر بها بعد البلوغ لم يؤاخذ بها .

العقل والبلوغ ـ بل والرشد ـ عندنا من الشرائط العامة التي لا يصح عقد الا باجتماعها ، واما ارباب (المجلة) فقد اكتفوا ـ في صحة البيع والاجارة وهما من اقوى العقود اللازمة واكثرها تداولا ـ بالعقل والتمييز فقط اي لم يعتبروا البلوغ فاعتباره هنا وعدم اعتباره هناك لا يخلوا من

غرانة

وعلى كل فيشترط في صحة الكفالة اي الضمان .

١ ـ : الايجاب والقبول .

٢ ـ : صدورهما من عاقل بالغ .

٣ ـ : كونه مختاراً فلا اثر لضمان المكره .

٤ ـ : غير محجور عليه لسفه ، اما الحجر عليه لفلس فلا يمنع ، لأن الحجر في الفلس يتعلق بمنعه من التصرف فى اعيان امواله لافى ذمته فهو كما لو اقترض على ذمته ، وكذا يشترط عدم كون المضمون له مفلساً اوسفيهاً اما المضمون فلا يشترط فيه شيء من ذلك .

٥ ـ : ان لايكون مملوكاً غير مأذون من مولاه ، وعن بعض فقهائنا جواز ضمانه مطلقاً كجواز دينه ويتبع به بعد العتق ، ونفي القدرة عنه فى قوله تعـالى (عبداً مملوكاً لايقدر على شيء) منصرف الى الأعمال المنافية لحق المولى وليس هذا القول وان كان المشهور على خلافه ببعيد ، ولو اذن له المولى وعين فى ماله اومال عبده ـ ان قلنا بانه يملك اوفى ذمته تعين ، وان اطلق ففي كونه على المولى اوعلى ذمة العبد يتبع به بعد العتق اوفى كسبه فملاوجوه اوجهها الاول لان الاذن فى الشيء اذن في لوازمه بعد ان كان العبد لامال له اصلا اومحجور عليه فهو كما لو اذن له بالتزويج حيث ان المهر والنفقة على المولى وان لم يقيد وكما لو اذن له في الاستدانة لنفقته ودعوى الفرق ممنوعة .

٦ ـ : التنجيز عند المشهور فلو علق الضمان على شرط بطل عنـدهم

اما لو علقه على وصف اي على امر محقق الوقوع كالتوقيت صح ، وقد عرفت التحقيق قريباً .

٧ ـ : كون المضمون حقاً ثابتاً في ذمة المضمون عنه سواء كان مستقراً كالقرض والعوضين في البيع المنجز ، او متزلزلا كأحد العوضين في البيع الخياري وكالمهر قبل الدخول فلو قال : اقرض فلاناً وانا ضامن او بعه نسيئة بضماني لم يصح عند المشهور بل أدعي الاجماع عندنا على بطلان قوله : مهما اقرضت فلاناً فهو في ضماني مع انهم اتفقوا ظاهراً على الصحة فيما لو قال عند خوف غرق السفينة : الق متاعك في البحر وعلي ضمانه ، وذهب جماعة الى صحة ضمان مال الجعالة قبل العمل مع انه حق غير ثابت فالاقوى كفاية مقتضي الثبوت وعليه فيصح ضمان النفقة المستقبلة للزوجة لان نفس الزوجية تقتضي ثبوتها وان لم يثبت فعلا بل يمكن القول بما هو اوسع وهو ضمان الاعيان وعدم قصره على الحق الثابت في الذمة فيصح ضمان العين المغصوبة والمقبوض بالسوم وبالعقد الفاسد وضمان درك الثمن لو ظهر المبيع مستحقاً ودرك المبيع لو ظهر الثمن مستحقاً وكل هذا من ضمان العهدة المستفاد من قاعدة اليد فيتلاقى الضمانان ـ ضمان العقد وضمان اليد ـ في اصل واحد وفسيلة فاردة .

٨ ـ : ان لا يكون الضامن مشغول الذمة للمضمون عنه بمثل المال المضمون فانهم ذكروا : ان التعهد اما بمال او بنفس والثاني هو الكفالة والاول ـ اما من برئ ـ وهو الضمان ـ واما من مشغول الذمة وهو الحوالة .

ويمكن الخدشة فيه بان ملاك الفرق بين الضمان والحوالة ليس هو البراءة

والاشتغال بل ان المتعهد ان ابتدء بالتعهد ولو باذن المتعهد عنه فهو ضمان سواء كان مشغولا او بريئاً وان كان بتوجيه المتعهد عنه ماله من الحق الى غيره فهو الحوالة .

و « الحاصل » ان الضمان والحوالة معنيان متباينان بحسب الجوهر وان اشتركا في بعض اللوازم فالضمان تعهد اعم من ان يكون بطلب او ابتداء وان كان الغالب الثاني ، والحوالة توجيه وتسليط على ذمة الغير فذاك تعهد ذمة لاخرى وهذه تسليط ذمة على ذمة فتدبره فانه لا يخلو من دقة ، وحينئذ فلو ضمن مشغول الذمة فان كان باذن المضمون عنه وبمثل ماله من الحق حصل التهاتر القهري والا فالحق باق في ذمته كما في الضمان التبرعي .

٩ ـ : ان لا يكون في المضمون له والحق المضمون والمضمون عنه ترديد عند الضامن وابهام فلا يصح ان يضمن احد الدينين ولو لشخص واحد او على واحد ولا احد الشخصين ولو عن دين واحد ولكن لا يلزم معرفة الدين ومقداره ولا معرفة المضمون له او المضمون عنه بشخصه بل يكفي المعرفة الاجمالية والاشارة الى واقعه على ما هو عليه وان لم يعلمه الضامن تفصيلا فيصح لو قال : ضمنت ما عليك من دين وان لم يعلم قدره ولا من له الدين كما يجوز ان يقول ضمنت مالك على الناس من ديون او كل من له دين على زيد فانا ضامن له وهكذا واليه اشارت (المجلة) في مادة (٦٣٠) ان كان المكفول به نفساً يشترط ان يكون معلوماً وان كان مالا لا يشترط ان يكون معلوماً بناء عليه

لو قال : انا كفيل عن دين فلان الذي هو على فلان تصح الكفالة وان لم يكن مقداره معلوماً ، بل قد عرفت صحة ما هو اوسع من هذا في الجهالة .

و « الضابطة » للصحة ان يقصد شيئاً له واقع يشير اليه ولو اجمالا بخلاف ما لو لم يكن له واقع معين كاحد الدينين او احد الشخصين فان واقعه الترديد لا التعيين .

والى الشرط السابع اشارت (المجلة) بمادة (٦٣١) يشترط في الكفالة بالمال ان يكون المال المكفول به مضموناً على الاصيل يعني ان ايفائه يلزم الاصيل بناء عليه تصح الكفالة بثمن المبيع وبدل الاجارة وسائر الديون الصحيحة كذلك تصح الكفالة بالمال المغصوب ،،، يتضح لك من تحريرنا القريب ضعف هذا البيان الذي لم يميز فيه بين ضمان الذمم والاعيان فان ثمن المبيع تارة يكون كلياً وهو المورد المتفق على صحة ضمانه واخرى يكون شخصياً وهو مما لا معنى لضمانه عند المشهور من الفريقين اذ لا وجه عندهم لضمان العين الموجودة في الخارج ولكننا قد خرجنا لضمانها وجهاً على نحو ضمان اليد في المغصوب ونحوه الذي يتضمن نوعاً من التعليق محصله وجوب رد العين مع وجودها ، ورد بدلها مع فقدها .

وقد اشارت (المجلة) هنا الى ضمان الدين صريحاً وضمان العين بذكر المغصوب وبقي بدل الاجارة وثمن المبيع صالحاً للامرين ووافقت المشهور عندنا في لزوم كون المضمون حقاً ثابتاً فعلياً ولا يكفي

الاقتضاء والاستعداد .

ويتحصل منها ان ضابطة ما يصح ضمانه - الدين الثابت في الذمة او العين المضمونة ضمان يد اوضمان معاوضة فتخرج الامانات لانها غير مضمونة اصلا كالعارية والرهن فضلا عن الوديعة والاجارة ، وكذلك يخرج المبيع قبل القبض فانه في ضمان البايع فلا دين ولا يد .

نعم يصح ضمانه بمعنى اوسع وهو التعهد بتسليمه ولو اتلف الامين الامانة واشتغلت ذمته ببدلها صح الضمان لانه دين ، وبهذا يتضح بقية ما في هذه المادة من الأمثلة حيث تقول : وكذلك تصح الكفالة بالمال المقبوض على طريق سوم الشراء ان كان قد سمي ثمنه - وهذا من قبيل ضمان العين - ولكن لاتصح الكفالة بعين المبيع قبل القبض لانه لو تلف عين المبيع في يد البائع ينفسخ البيع ولا يكون مضمونا على البائع الا انه يلزم عليه رد ثمنه ان كان قد قبضه ، وكذلك لاتصح الكفالة بعين المال المرهون والمستعار وسائر الامانات لكونها غير مضمونة على الأصيل ولكن بعد اضاعة المكفول عن هؤلاء واستهلاكها لو قال : أنا كفيل ، تصح الكفالة وايضا تصح الكفالة بتسليم هؤلاء وبتسليم المبيع وعند المطالبة لولم يكن للكفيل حق حبسها من جهة يكون مجبوراً على تسليمها الا انه كما ان في الكفالة بالنفس يبرأ الكفيل بوفاة المكفول به كذلك لو تلفت هذه المذكورات لايلزم الكفيل شيء .

(مادة : ٦٣٢) لاتجري النيابة في العقوبات بناء عليه لاتصح الكفالة بالقصاص وسائر العقوبات والمجازات الشخصية ولكن تصح الكفالة

بالارش والدية اللذين يلزمان الجارح والقاتل .

يعني ان مورد الكفالة اما مال اونفس اما القصاص والحدود فهي حقوق إلهية واحكام شرعية ولا معنى لضمانها ، نعم يتصور فيها ضمان الشخص وتسليمه لاقامة الحد عليه اوالقصاص فيكون من ضمان النفس ولا مانع منه وان لم يصرحوا به ، ولكن تصح الكفالة بالارش قطعاً والدية لاالذين يلزمان القاتل والجارح لانهما مال والذمةمشغولة به وان كان سببه الجناية .

(مادة : ٦٣٣) لايشترط يسار المكفول عنه وتصح الكفالة عن المفلس ايضاً .

هذا مما لا كلام فيه ولا حاجة الى بيانه أنما الكلام في اعتبار يسار الكفيل - اي الضامن - ولكن مع رضا المضمون له يسقط هذاالبحث ولكن لو كان معسراً اومفلساً ورضي المضمون له به لعدم علمه بفقره وفلسه لايبعد بل المتعين ، ان يكون له الخيار .



الباب الثاني

في

﴿ بيان احكام الكفالة ويحتوي على ﴾
﴿ ثلاثة فصول ﴾

الفصل الاول

في

﴿ بيان حكم الكفالة المنجزة والمعلقة والمضافة ﴾

(مادة : ٦٣٤) حكم الكفالة هو المطالبة يعني للمكفول له حق مطالبة المكفول به من الكفيل ،

على البدل كما هو عند فقهاء المذاهب ، وعلى التعيين عند الامامية لان حكم الضمان الصحيح اي الكفالة براءة المضمون عنه من الحق واشتغال ذمة الضامن به .

(مادة : ٦٣٥) يطالب الكفيل في الكفالة المنجزة حالا ان كان الدين معجلا في حق الاصيل وعند ختام المدة المعينة ان كان مؤجلا مثلا :- لو قال : احد انا كفيل عن دين فلان فللدائن ان يطالب الكفيل في الحال

ان كان معجلا وعند ختام مدته ان كان مؤجلا .

وهذا ـ اي مطابقة الضمان للدين ـ واضح غني عن البيان وأعا الحري بالذكر جواز المخالفة فيجوز ضمان المؤجل حالا وضمان الحال مؤجلا بذلك الاجل اوانقص اوازيد كل ذلك لاطلاق ادلة الضمان فلا وجه لما يحكى عن بعضهم من اعتبار الاجل فى الضمان كالسلم وعدم صحته حالا ، ولا لقول آخر من انه لايصح ضمان المؤجل لانه من ضمان مالم يجب .

(مادة : ٦٣٦) اما فى الكفالة التي انعقدت مضافة الى زمان مستقبل اومعلقة بشرط فلا يطالب الكفيل مالم يحل الزمان اويتحقق الشرط مثلا لوقال . ان لم يعطك فلان طلبك فانا كفيل باداته ، تنعقدالكفالة مشروطة وعند المطالبة ان لم يعطه ذلك الرجل دينه يطالب الكفيل والا لايطالب الكفيل قبل المطالبة من الاصيل كذا لو قال : ان سرق فلان مالك فانا ضامن ، تصح الكفلة وان ثبتت سرقة ذلك الرجل يطالب الكفيل ، وكذا لو كفل بشرط ان يمهل كذا اياما اعتباراً من الوقت الذي يطالب المكفول له وامهل من وقت المطالبة مقدار تلك الايام فالمكفول له ان يطالب الكفيل بعد مرور الايام المذكورة اي وقت شاء ، وكذا لو قال : انا كفيل بطلبك الذي يثبت فى زمة فلان اوبالمبلغ الذي ستقرضه فلانا اوبالشيء الذي يغصبه فلان وبثمن المال الذي ستبيعه لفلان فلا يطالب الكفيل الا بعد تحقق هذه الاحوال يعني لايطالب الكفيل الا بعد ثبوت الطلب والاقراض وتحقق الغصب ووقوع البيع والتسليم ، وكذا لو قال : انا كفيل باحضار فلان في

اليوم الفلاني لا يطالب الكفيل باحضار المكفول به قبل حلول ذلك اليوم .

اكثر هذه الامثلة المذكورة فى هذه المادة هي من باب ضمان ما لم يجب والمشهور عند فقهائنا بطلانها جميعاً والتحقيق فيها التفصيل فمثل قوله : ان لم يعطك طلبك فانا ضامن ، صحيح ، ومثل قوله : ان سرق فلان مالك فانا ضامن . او بالمبلغ الذي ستقرضه فلاناً او بالشيء الذي يغصبه فلان وبثمن المال الذي ستبيعه لفلان — كلها باطلة ولا اثر لها حتى بعد القبض والغصب والبيع والسرقة فان لم يكن ثابتاً وقت الضمان لا حقيقة وفعلا ولا اقتضاء وقوة بخلاف الضمان بعد البيع والضمان على فرض عدم الدفع او ضمان درك الثمن على فرض ظهور استحقاق المبيع وامثالها مما يكون الحق بين ما هو ثابت فعلا اي حين الضمان وبين ما هو ثابت بالقوة لتحقق مقتضيه وهو البيع المقتضي لضمان الدرك .

[مادة : ٦٣٧] يلزم عند تحقق الشرط تحقق الوصف والقيد ايضاً مثلا — لو قال كلما حكم على فلان فانا كفيل بادائه واقر ذلك بكذا دراهم لا يلزم اداء الكفيل ذلك ما لم يلحقه حكم الحاكم .

(مادة : ٦٣٨) فى الكفالة بالدرك لو ظهر للمبيع مستحق لا يؤخذ الكفيل ما لم يحكم بعد المحاكمة على البائع برد الثمن .

(مادة : ٦٣٩) لا يطالب الكفيل فى الكفالة الموقتة الا في ظرف مدة الكفالة مثلا — لو قال انا كفيل من هذا اليوم الى شهر لا يطالب الكفيل الا في ظرف هذا الشهر وبعد مروره يبرأ من الكفالة .

هذا الحكم انما يتم بناء على ان الضمان ضم ذمة الى ذمة اما بناء على انه نقل المال من ذمة الى اخرى بحيث تبرأ الذمة الاولى بمجرد تحقق الضمان فلا يتم بل لا يتحصل له معنى كما هو واضح .

نعم يتصور التوقيت على الطريقة الثانية بمعنى استحقاق المطالبة وتنجز الحق لا بمعنى انه بعد مرور المدة يبرء من الكفالة وان لم يدفع فتدبره .

(مادة : ٦٤٠) ليس للكفيل ان يخرج من الكفالة بعد انعقادها ولكن له ذلك قبل ترتب الدين في ذمة المديون في الكفالة المعلقة والمضافة مثلا - كما انه ليس لمن كفل احداً عن دينه منجزاً ان يخرج من الكفالة كذلك لو قال : كلما يثبت لك دين في ذمة فلان فانا كفيله .

تريد هذه المادة بيان حال ان عقد الكفالة من حيث الجواز واللزوم وان هل للكفيل الخروج والتخلي بعد انعقادها ، وتحرير هذه الناحية ان عقد الضمان من العقود اللازمة من طرف الضامن والمضمون عنه سواء كان باذنه او لا .

نعم قد عرفت قريباً ان المضمون له اذا كان غير عالم باعسار الضامن حين الضمان كان له الفسخ كما انه لو اشترط الضامن او المضمون له او هما معاً الخيار صح على نحو لا يوجب الغرر والجهالة لعموم ادلة الشروط والمدار على اليسار الاعسار حال عقد الضمان فلو كان معسراً في ذلك الحال ثم ايسر لم يسقط الخيار ولو انعكس الامر لم يكن له خيار .

هذا بعد تحقق الدين وصحة الضمان ، اما المذكور في المتن من الكفالة المعلقة التي هي قبل ترتب الدين فهي باطلة عندنا كما عرفت قريباً ، وعلى تقدير صحتها فيلزم الاطراد في منجزها ومعلقها ومضافها والحكم في اللزوم في بعض والجواز في آخر تحكم لا وجه له سوى الاستحسان .

وأي فرق في قوله : كما يثبت لك دين في ذمة فلان فانا كفيله بين ان يكون الدين ثابتاً فلا رجوع او يثبت مؤخراً فيجوز الرجوع فليتدبر .

(مادة : ٦٤١) من كان كفيلا برد المال المغصوب او المستعار وتسليمهما لو سلمهما الى صاحبهما يرجع باجرة نقليتهما على الغاصب والمستعير .

هذا في صورة الاطلاق اما مع التقييد والانصراف فلا .

الفصل الثاني

في

(بيان حكم الكفالة بالنفس)

(مادة : ٦٤٢) حكم الكفالة بالنفس هو عبارة عن احضار المكفول به اي لاي وقت كان قد شرط تسليم المكفول به يلزم احضاره

على الكفيل بطلب المكفول له ذلك الوقت فان احضره فيها والا يجبر على احضاره .

هذه العبارة كما ترى على طولها مختلة التركيب متفككة كعبارة تركية اوهندية وحق البيان ان يقال : ان الكفالة بالنفس عبارة عن التعهد والالتزام باحضار انسان في وقت معين اوعند طلبه من انسان اخر ويحصل بالايجاب من الكفيل والقبول من المكفول له ويشترط فيه مايشترط في غيره من صدورهما من بالغين رشيدين مختارين غير سفيهين وفى الفلس وجهان يظهر ان بالتأمل ويعتبر رضا الكفيل والمكفول له قطعا بل ورضا المكفول على الاحوط بل الاقوى واذا تم هذا العقد كان اثره وجوب احضار الكفيل المكفول فى الوقت المعين اوما عليه من الحق ان امكن فى المكان المعين اوفى بلد الكفالة مع الاطلاق ولو امتنع اجبره الحاكم ولو سلم المكفول نفسه اومات اوابرئه المكفول له سقطت الكفالة .

هذا موجز ماينبغي ان يقال في عقد الكفالة وهنا تفاصيل وبحوث لا يتسع لها المجال .

الفصل الثالث
في
﴿ بيان احكام الكفالة بالمال ﴾

(مادة : ٦٤٣) الكفيل ضامن .

يعني انه متعهد بدفع المال اما مطلقاً كما هو عندنا او على البدل كما هو عندهم .

(مادة : ٦٤٤) الطالب مخير في مطالبته ان شاء طالب الاصيل وان شاء طالب الكفيل ومطالبته من احدهما لا يسقط حق مطالبته من الاخر وبعد مطالبته من احدهما له ان يطالب الاخر ومنهما معاً .

فيها من سوء البيان والتكرار الواهن ما يمجه الذوق العربي ، وهذا من لوازم الكفالة بالمعنى المعروف عند القوم من كونها عبارة عن ضم ذمة الى اخرى ، اما بالمعنى الذي عندنا فلا مجال لهذا القول ولا حق له الا بمطالبة الكفيل اما الاصيل فقد برء تماماً ، وقوله ومنهما معاً - اي على ان يدفع له احدهما لا ان يدفعا معاً كما هو واضح .

(مادة : ٦٤٥) لو كفل أحد المبالغ التي لزمت ذمة الكفيل بالمال حسب كفالته فللدائن ان يطالب من شاء منهما

هذا ايضاً من لوازم صحة ترامي الكفالة فلو كفل الكفيل كفيل

آخر كان للمكفول له مطالبة من شاء منهما وهذا واضح بعد البناء على انها ذمم ينضم بعضها الى بعض واللاحق لا يسقط السابق ، وعليه يتفرع ايضاً مادة (٦٤٦) المديونون من جهة الاشتراك لو كان كل واحد منهم كفيلا للآخر يطالب كل منهم بمجموع الدين ،،، اي للمكفول له مطالبة كل واحد بمجموع الدين فان كل واحد بكفالته قد صير الدين كله في ذمتـــه .

(مادة : ٦٤٧) لو كان لدين كفلاء متعددة فان كان كل منهم قد كفل على حده يطالب كل منهم بمجموع الدين وان كانوا قد كفلوا معاً يطالب كل منهم بمقدار حصته من الدين ولكن لو كان قد كفل كل منهم المبلغ الذي لزم في ذمة الآخر فعلى هذا الحال يطالب كل منهم بمجموع الدين مثلا - لو كفل احد آخر بالف ثم كفل ذلك المبلغ غيره ايضاً فللدائن ان يطالب من شاء منهما ، واما لو كفلا معاً يطالب كل منهما بنصف المبلغ المذكور الا ان يكون كل منهما قد كفل المبلغ الذي لزم ذمة الآخر فعلى ذلك الحال يطالب كل منهما بالالف .

هذه المادة ايضاً مختلة البيان مع التطويل والتكرير المخل ، وتحرير هذا البحث ان تعدد الكفلاء اما ان يكون على نحو العموم الافرادي البدلي نحو جئني باي رجل كان ، او على نحو العموم المجموعي نحو وزع هذه المائة على هؤلاء العشرة ، او على نحو العموم الترتيبي مثل خصال الكفارة المرتبة ، وعلى النحو الاول يتجه ما ذكرته (المجلة) بقولها : فان كان كل منهم قد كفل على حدة يطالب اي المكفول

له كلا منهم بمجموع الدين يعني على سبيل البدل ، وعلى النحو الثاني ينطبق قولها : وان كانوا قد كفلوا معاً يطالب كلا منهم بمقدار حصته من الدين اي يتوزع الدين عليهم بالحصص .

والى هنا كمل بيان القسمين وما بقي في هذه المادة تكرار واعادة لهما مع تطويل ممل وبلا فائدة كما هو واضح بادنى مراجعة ، وبقي القسم الثالث لم تشر اليه أصلا وهو العموم الترتبي وهو ما لو قال كل واحد منهم : انا كفيل لفلان ان لم يدفع هو ، او ان لم يدفع كفيله الى الوقت الفلاني وهكذا وهذا هو الضمان المتسلسل المترتب وقد يدور حتى يرجع الى الاول فتدبر .

(مادة : ٦٤٨) لو اشترط في الكفالة براءة الاصيل تنقلب الى الحوالة .

يعني يشترط الضامن في الضمان على المضمون له ان يبرء ذمة المضمون عنه الاصيل تبرء وتنقلب الكفالة حوالة لانها تحويل المال من ذمة الى ذمة وهذا على مذهب الجماعة واضح وأما على مذهب الاصحاب فهذا الشرط تأكيد لا تأسيس لان طبيعة الكفالة ــ اي الضمان تقتضي ذلك بذاتها ولو لم يشترط ، ولا تنقلب الى الحوالة لان الحوالة عند المشهور لدى فقهائنا تحويل المال من ذمة مشغولة الى ذمة اخرى بخلاف الضمان فانه تحويل الى ذمة فارغة ، وقد مرت الاشارة الى انتقاد هذا الرأي وسيأتي ايضاً تحقيقه في الحوالة ان شاء الله .

ومما ذكرنا تتضح وجهة البحث في مادة (٦٤٩) الحوالة بشرط

عدم برائة المحيل كفالة بناء عليه الخ ... فانه يصح عندهم ويكون كفالة اي ضمانا ولا يصح عندنا لان لازم الحوالة برائة المحيل ولازم الضمان ان يكون الضامن غير مدبون .

(مادة : ٦٥٠) لو كفل احد دين احد على ان يؤديه من المال المودع عنده يجوز ويجبر الكفيل على ادائه من ذلك المال ولو تلف المال لا يلزم الكفيل شيء ولكن لورد ذلك المودع بعد الكفالة يكون ضامنا .

تطبيق هذا الفرع على القواعد المحكمة ، والعقود المقررة المعروفة مشكل وباب الضمان واخوانه من الكفالة والحوالة هو تعهد الذمم على نحو الكلي لا التعهد في المال المعين الخارجي ويشبه ان يكون توكيلا من المودع للودعي ان يفي دينه من وديعته التي عنده فلو تلفت الوديعة فالدين باق والكفيل - اي الوكيل - لا شيء عليه طبعا الا مع التعدي او التفريط .

(مادة : ٦٥١) لو كفل احد آخر عن نفسه على ان يحضره في الوقت الفلاني وان لم يحضره في الوقت المذكور فعليه اداء دينه فاذا لم يحضره في الوقت المعين المذكور يلزمه اداء ذلك الدين ، واذا توفى الوكيل فان سلمت الورثة المكفول به الى الوقت المعين او المكفول به ان سلم نفسه من جهة الكفالة لا يترتب على طرف الكفيل شيء من المال وان لم يسلم الورثة المكفول به او هو لم يسلم نفسه يلزم اداء المال من تركة الكفيل ولو حضر الكفيل المكفول به واختفى المكفول له او تغيب فليراجع الكفيل الحاكم لينصب وكيلا عوضا عنه ويستلمه .

تضمنت هذه المادة عدة احكام .

١ ـ : انه لو كفل ان يحضر نفساً فان لم يحضره في الوقت المعين دفع ما عليه من الحق وهذا مما لا اشكال فيه عند جمهرة فقهاء الاسلام بل لعله من مقتضيات عقد الكفالة وان لم يشترطه كما سبق ، ولكن مع كل هذا الوضوح قد حاول التشكيك فيه البعض بان ذلك ليس من مقتضيات عقد الكفالة بالنفس فلو لم يرض المكفول له الا باحضار النفس طبقاً لصريح نصها كان له ذلك ولا سبيل الى الزامه بقبول المال عن النفس سيما لو كان له غرض بحضور ذات الشخص او لم يكن هناك حق ثابت بل يريد حضوره للمرافعة معه او التفاهم او غير ذلك من من الاغراض الخاصة ، وكل ما يقال في هذا المجال وان امكن دفعه والجواب عنه ولكن الانصاف ان مثل هذه الحوادث الشخصية والخصومات الخصوصية لا يمكن اعطاء الحكم الكلي لها بل الاسد والاصوب ارجاعها الى الحاكم لينظر في خصوصياتها المقامية ويحكم بما يقتضيه العدل والاستنباط النظري من القواعد الشرعية المنطبقة على المورد الخاص فتدبره تجده المع من نجمة الصباح في افق التحقيق .

٢ ـ : اذا توفي الكفيل فان سلمت الورثة المكفول به الى الوقت المعين او المكفول به ان سلم نفسه من جهة الكفالة لا يترتب على الكفيل شيء من المال وان لم يسلم الورثة المكفول به الخ ... وهذه الجمل تشتمل على امرين .

الاول - : ان الكفالة حق على الكفيل للمكفول له ينتقل بعد موته فيكون على وارثه فللمكفول له ان يطالبهم باحضاره .

الثاني - : انهم اذا لم يحضروه او لم يسلم هو نفسه وجب على الورثة دفع المال من تركة مورثهم الكفيل وفي كلا الامرين مجال للبحث والنظر يرتكز على ان هذا الحق اولا ليس بحق مالي حتى يتعلق بالوارث له او عليه وثانيا لو سلم كونه حقا ماليا فهو حق خاص متعلق بذات الكفيل كحق القذف وحق القصاص وامثالها وملاك القضية هنا انه ثبت بالدليل العام ان كل حق مالي الميت فهو ينتقل بموته الى وارثه ولم يثبت بوجه العموم ان كل حق عليه يكون بموته على وارثه والاصل عدم الانتقال الا ما قام عليه الدليل فى كل مورد بخصوصه .

٣ - ولو احضر الكفيل المكفول به واختفى المكفول له او تغيب فليراجع الكفيل الحاكم لينصب وكيلا عوضا عنه ويسلمه ، لان مثل هذه الامور العامة مرجعها الى الحاكم العام - والمراد بالامور العامة ما يبتلي احيانا به عامة الناس وليس لها مرجع خاص يقوم بحل عقدتها فكان من الحكمة وحفظ النظام جعل مرجع لتمشيتها وهو الحاكم .

نعم يمكن ان يقال هنا انه لا يلزم الرجوع الى الحاكم بل يشهد الكفيل شاهدين عدلين على انه احضره فى الوقت المعين ويسقط بذلك حق المكفول له المتغيب فليتدبر .

(مادة : ٦٥٢) اذا كان الدين معجلا على الاصيل فى الكفالة المطلقة ففي حق الكفيل ايضا يثبت معجلا وان كان مؤجلا يثبت مؤجلا . ومثلها مادة (٦٥٣)

وقد رجع بهما الى احكام كفالة المال ولا شك ان ضمان الدين مع

الاطلاق ينطبق على وصف الدين من سائر جهاته وخصوصياته فان كان معجلا وجب على الضامن دفعه كذلك ، وان كان مؤجلا بقي على الضامن بهذا الوصف ، نعم يصح ضمان المؤجل حالا والحال مؤجلا حسب الشرط كما يصح في المؤجل تأجيله الى اجل آخر . كما في مادة (٦٥٤) كما تصح الكفالة مؤجلة بالمدة المعلومة التي اجل بها الدين كذلك تصح مؤجلة بازيد من تلك المدة .

[مادة : ٦٥٥] لو اجل الدائن طلبه في حق الاصيل يكون مؤجلا في حق الكفيل وكفيل الكفيل ايضا والتأجيل في حق الكفيل الاول تأجيل في حق الكفيل الثاني ايضا واما تأجيله في حق الكفيل فليس بتأجيل حق الاصيل .

وذلك واضح لان الاصيل هو الاصل والكفيل تابع والتابع فرع والفرع يتبع الاصل والاصل لا يتبع الفرع ولذا لا يتم هذا الا على معنى الضمان بمعنى الضم ، اما بناء على معنى النقل والتحويل فلا يأتي شيء من ذلك ضرورة ان الفرع قد انقلب اصلا ولم يبق له بعد براءة ذمته اي علاقة له مع غريمه فلا معنى لتأجيله وعدمه في حق الكفيل ولا كفيل الكفيل .

نعم يبقى الكلام في ان تأجيل الدين في حق الكفيل على الرأي الاول كيف يتصور مع عدم سرايته الى الاصيل مع ان الدين واحد ؟ وتوجيه ذلك يمكن ان يكون بتصوير ان ذمة الاصيل هي المشغولة بالدين حقيقة وليس على الكفيل الا حق المطالبة فاذا تأجل اصل الدين تأجلت المطالبة طبعا اما لو تأجلت المطالبة كما لو اجل الكفيل فالدين باق على حاله من

تعجيل او تأجيل ، وتأجيل الكفيل اقصى اثره انه لايطالب هو بالدين ولا ينافي ذلك ان غيره يطالب به فتدبره جيداً فانه يحتاج الى لطف قريحة .

(مادة : ٦٥٦) المديون مؤجلا اواراد الذهاب الى ديار اخرى وراجع الدائن الحاكم وطلب كفيلا يكون مجبوراً على اعطاء الكفيل .

في هذه المادة اجمال وابهام وتحرير هذا البحث ان المديون لواراد السفر من بلاد فيها دائنه فالدين لايخلوا اما ان يكون حالا اومؤجلا فان كان حالا فقد وجب عليه دفعه ان كان مليا فان طالبه الدائن ولم يدفع مع عدم العذر الشرعي كان للدائن ان يرفع امره الى الحاكم كي يمنعه من السفر حتى يؤدي دينه ، بل لايبعد انه لويسافر والحال هكذا كان سفره معصية لايجوز فيه التقصير .

و (بالجملة) لايجوز له السفر الا بارضاء دائنه بالدفع اوبالكفيل او بغيرهما ، اما لو كان الدين مؤجلا فليس له حق المطالبة بالدين ولا بالكفيل ولا بغيره ، فاطلاق (المجلة) انه يكون مجبوراً على اعطاء الكفيل غير سديد ، اللهم الا ان يكون رأيهم – ولو استحسانا – ان له ذلك حتى مع عدم حلول اجل الدين مخافة ان يحل الاجل وهو مسافر فيتأخر اداء الحق فليتأمل .

ولعل ماينسب الى الحنفية من عدم الحق للدائن ان يحبس المديون عن السفر إلا في نفقة الزوجة ناظر الى الدين قبل حلول اجله ويبقى الاستثناء على ظاهره متصلا ، ووجهه ان نفقة الزوجة بالنسبة الى الايام المستقبلة

وان كانت من قبيل المؤجل ولكن لقرب اجله وحاجة الزوجة اليه في الغالب واهميته يكون كالحال بل أشد منه فليتدبر .

(مادة : ٦٥٧) لو قال احد لآخر اكفلني عن ديني الذي هو لفلان فبعد ان كفل وأدى عوضاً عن الدين بحسب كفالته لو اراد الرجوع على الاصيل يرجع بالشيء الذي كفله ولا اعتبار للمؤدي ، واما لو صالح الدائن على مقدار من الدين يرجع ببدل الصلح وليس له الرجوع بمجموع الدين مثلا - لو كفل بالمسكوكات الخالصة وادى مغشوشة يأخذ من الاصيل مسكوكات خالصة وبالعكس لو كفل بالمسكوكات المغشوشة وادى خالصة يأخذ من الأصيل مغشوشة كذلك لو كفل مقداراً من الدراهم واداها صلحاً باعطاء بعض اشياء يأخذ من الأصيل المقدار الذي كفله من الدراهم ولكن لو كفل الفاً وادى خمسمائة صلحاً يأخذ من الاصيل خمسمائة .

هذه ايضاً من مهمات مسائل الضمان وهي مسئلة رجوع الضامن على المضمون عنه ومتى يرجع وباي مقدار يرجع عليه ؟ وتحرير هذا المقام على وجه الايضاح والاختصار ان الضامن لا يستحق الرجوع على المضمون الا بشرطين .

(الاول) ان يكون الضمان باذنه كما اشارت اليه (المجلة) لو قال احد لآخر اكفلني عن ديني فلو كفل من غير اذنه لم يستحق الرجوع عليه لانه متبرع ، نعم يبقى الكلام فيما لو كفله بغير اذنه واطلع هو ولم يصرح بالرضا والاذن ولم يمنع فهل السكوت من الرضا او الاصل براءة

ذمته من الحق ؟ المسئلة مشكلة تحتاج الى التأمل .

(الثاني) انه لا يستحق الرجوع الا بعد الاداء فلا حق له بمطالبته المضمون عنه قبل ان يدفع الحق للمضمون له سواء كان الدين حالا او مؤجلا كليا او جزئيا .

ثم بعد تحقق الشرطين يستحق الرجوع ولكن بمقدار ما دفع لا بمقدار ما ضمن فلو صالح الضامن المضمون له باقل من دينه لم يستحق الا مقدار الصلح لا باصل الدين فلو صالحه عن الالف بخمسمائة لا يأخذ منه الا الخمسمائة وهذا الحكم ثبت بالدليل الخاص على خلاف القاعدة والا فان ذمة المضمون عنه حسب الفرض قد اشتغلت للضامن بمقدار الدين كما ان ذمة الضامن قد اشتغلت للمضمون له بذلك والصلح او الابراء بين الضامن والمضمون معاملة أخرى جديدة بينهما لا علاقة لها بقضية الضمان .

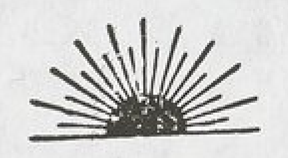
و « بالجملة » فبعد ان اشتغلت ذمة المضمون عنه للضامن بالمقدار المعين بعقد الضمان كيف ينقلب الى البعض بالصلح بين الضامن والمضمون له وهي معاملة اخرى اجنبية فلا بد من الالتزام بان الذمة وان اشتغلت بالمقدار ولكن لا يستقر ولا يلزم الا بالاداء فيستقر ما يؤدي ويسقط ما عداه وقبل الاداء يبقى مراعى وليس هذا بعزيز النظير وان كان مخالفا للقاعدة فان المهر تشتغل به ذمة الزوج ويبقى مراعى بالدخول فيلزم الجميع او الطلاق او الموت قبله يسقط النصف فلا محيص من المصير اليه بعد ورود الدليل ، ويتفرع على المراعاة سقوطه عن المضمون

عنه اجمع لو ابرء المضمون له الضامن من اصل الدين وهو ايضاً مخالف للقاعدة ولذا لو وهبه او ورثه او باعه باقل لا يتسرى الحكم المزبور لانه على خلاف القاعدة فنقتصر على مورده الخاص وهو ما اذا صالحه عنه ببعضه، اما لو صالح عنه او باعه بعين هي اقل قيمة فلا فضلا عن الهبة والارث كما انه لا يجري في الحوالة وهو المراد من قول (المجلة) كذلك لو كفل مقداراً من الدراهم وادها صلحاً باعطاء بعض اشياء يأخذ من الاصيل المقدار الذي كفله من الدراهم ولكن لو كفل الفاً وادى خمسمائة صلحاً يأخذ من الاصيل خمسمائة، اه. وتأتي هنا شبهة الربا فليتأمل.

(مادة: ٦٥٨) لو اغفل احد آخر في ضمن عقد المعاوضة يضمن ضرره مثلا - لو باع احد لآخر عرصة وبعد انشاء بناء فيها لو ظهر لها مستحق وضبطها فالمشتري ان يأخذ قيمة البناء حين التسليم ما عدا اخذ قيمة العرصة كذلك لو قال احد لاهل السوق: هذا الصغير ولدي بيعوه بضاعة فاني آذنته للتجارة ثم بعد ذلك لو ظهر ان الصبي ولد غيره فلاهل السوق ان يطالبوه بثمن البضاعة التي باعوها للصبي.

هذه القضية اجنبية عن (كتاب الضمان) الذي هو بمعنى ضم ذمة الى ذمة او تحويله من ذمة الى اخرى وانما هو هنا بمعنى الخسارة والغرامة او التدارك وهما وان كانا يرجعان الى اصل واحد ولكن الاحكام تختلف باختلاف الخصوصيات فضلا عن الفصول، وسبب الضمان اى الغرامة هنا قاعدة الغرور (المغرور يرجع على من غره) واهل السوق

وان كان لهم حق الرجوع على من غرهم لو اتلف الصبي اموالهم ولـكن قرار الضمان على الصبي المتلف بقاعدة (من اتلف) يؤخذ منه بعد بلوغه .



الباب الثالث

في

« البرائة من الكفالة ويحتوي على ثلاثة فصول »

الفصل الاول

في

بيان الضوابط العمومية

(مادة : ٦٥٩) لو سلم المكفول به من طرف الاصيل او الكفيل الى المكفول له يبرء الكفيل من الكفالة .

(مادة : ٦٦٠) لو قال المكفول له ابرأت الكفيل او ليس لي عند الكفيل شيئ يبرأ الكفيل .

(مادة : ٦٦١) لا تلزم برائة الاصيل ببرائة الكفيل .

(مادة : ٦٦٢) برائة الاصيل توجب برائة الكفيل .

هذه المواد مع وضوحها قد تقدم اكثرها ، واتضحت مداركها ، وان برائة الاصل تستلزم برائة الفرع دون العكس ، وذلك محصل هذه المواد الاربع .

الفصل الثانى

في البراءة من الكفالة بالنفس

(مادة : ٦٦٣) لو سلم الكفيل المكفول به فى محل يمكن فيه المخاصمة كالمصر او القصبة الى المكفول له يبرء الكفيل من الكفالة سواء قبل المكفول له او لم يقبل ولو كفل على ان يسلمه في مجلس الحاكم وسلمه في الزقاق لا يبرأ من الكفالة ولكن لو سلمه بحضور ضابط يبرأ .

العبارة كما يتذوقها صاحب الذوق السليم العربي - مشوهة الخلقة والتركيب ، وحاصلها ان محل تسليم الكفيل المكفول للمكفول له مع الاطلاق - بلد او قصبة يمكن فيه المخاصمة لوجود حاكم او محكمة او حكومة او ما اشبه ذلك فلو سلمه في بلد هي كذلك بره ، أما مع اشتراط تسليمه في بلدة معينة فلا يبره حتى يسلمه فيها او فى مجلس الحاكم او غيره حسب الشرط ، والاصح انه مع الشرط هو المتبع ومع الاطلاق فالبلدة التي وقع عقد الكفالة فيها سواء كان فيها حكومة او حاكم ام لا .

(مادة : ٦٦٤) يبره الكفيل بمجرد تسليم المكفول به بطلب المطالب ، اما لو سلمه بدون الطلب فلا يبره ما لم يقل : سلمته بحكم الكفالة .

هذا حكم اشل بل تحكم محض فان الكفيل لا يلزمه اكثر من

تسليمة المكفول للمكفول له في الوقت المعين والزمن المخصوص ان شرط شيء منهما في العقد ولا اثر للطلب وجوداً ولا عدماً الا مع الشرط ايضاً كما لا اثر لقول انه سلمه بحكم الكفالة ، واغرب من هذا ما في مادة (٦٦٥) لو كفل على ان يسلمه في اليوم الفلاني وسلمه قبل ذلك اليوم يبرء من الكفالة وان لم يقبل المكفول له ،،، وما ابعد ما بين المادتين فالاولى جعلت ما ليس بمشروط شرطاً والثانية جعلت الشرط كغير المشروط ، وما ادري كيف صار هذا الشرط لغواً مع انه شرط سائغ وقد يتعلق به غرض عقلاني ويكون له فائدة مهمة باحضاره في اليوم المعين فلو احضره في غير ذلك اليوم لم يحصل غرضه ؟ وكيف يلزم به مع عدم قبوله ؟ وهذا واضح جداً .

(مادة : ٦٦٦) لو مات المكفول به كما يبرأ الكفيل من الكفالة كذلك يبرأ كفيل الكفيل ، كذلك لو توفي الكفيل كما يبرء هو من الكفالة كذلك يبرأ كفيله ايضاً ولكن لا يبرأ الكفيل من الكفالة بوفاة المكفول له ويطالب وارثه .

موت المكفول يوجب بطلان الكفالة لزوال الموضوع فيبرأ الكفيل وكفيل الكفيل ، وهكذا موت الكفيل فان زواله يوجب زوال ذمته وتعهده وليس هو حق مالي مباشرة حتى ينتقل كالدين على ورثته او على تركته .

نعم لو مات المكفول له بقي الحق على الكفيل ان يسلمه الى ورثته فانه حق مورثهم فينتقل الى ورثته بموته .

الفصل الثالث

في

« البراءة من الكفالة بالمال »

(مادة : ٦٦٧) لو ترفي الدائن وكانت الوارثة منحصرة في المديون يبرء الكفيل من الكفالة .

وهذا ايضاً من قبيل زوال الموضوع او بحكم وصول الحق فلا موضوع للكفالة ، اما لو كان له وارث آخر غير مديون لم يبرء من حصة الوارث الآخر الغير مديون وهو واضح .

(مادة : ٦٦٨) لو صالح الكفيل او الاصيل الدائن على مقدار من الدين يبرآن اشترطت براءتهما او براءة الاصيل فقط او لم يشترط شيء وان اشترطت براءة الكفيل فقط يبرء الكفيل فقط ويكون الطالب مخيراً ان شاء اخذ مجموع دينه من الاصيل وان شاء اخذ بدل الصلح من الكفيل والباقي من الاصيل .

الكفالة - اي الضمان - وان جعلناه كما عند القوم ضم ذمة الى ذمة ، ولكن الاصل فيه هو الاصيل اي المديون المضمون عنه والكفيل فرع له فلو ان الدائن ابره الاصيل او صالحه او امهله سرى كل ذلك الى الفرع - اي الكفيل الضامن - بمعنى انه اذا ابره الدائن ذمة

المضمون عنه (المدين) برئت قهراً ذمة الكفيل لسقوط الدين وزوال الموضوع ، وكذا لو صالحه على مقدار منه يبرآن معاً من الزائد عن مال المصالحة ، وهذا يترتب قهراً سواء اشترطا براءتهما او لم يشترطا فان هذا من اللوازم القهرية للابرآء والاسقاط والصلح ، نعم لو ابره الكفيل فقط لم يبرء الاصيل لما عرفت من ان الاصل لا يتبع الفرع وبراءة الكفيل لا تستلزم براءة الاصيل ، فلو صالح الدائن الكفيل على مقدار اخذه وطالب الاصيل بالباقي او اخذ الجميع منه لان ذمته في الاصل هي المشغولة .

[مادة : ٦٦٩] لو احال الكفيل المكفول له على احد وقبل المكفول له والمحال عليه يبرء الكفيل والمكفول عنه ايضا .

يعني يبرء الاصيل والكفيل لان تحويله مع قبوله بحكم الأداء كما سيأتي في باب الحوالة انشاء الله .

(مادة : ٦٧٠) لو مات الكفيل بالمال يطالب بالمال المكفول به من تركته .

لانه حق مالي كالدين فاذا بطلت ذمة الكفيل بالموت انتقل الحق وصار في أمواله كسائر الديون .

(مادة : ٦٧١) الكفيل بثمن المبيع اذا انفسخ البيع اوضبط المبيع بالاستحقاق اورد بعيب يبرء من الكفالة .

كل ذلك لسقوط الحق المضمون فتسقط كفالته والتعهد به .

(مادة : ٦٧٢) لو استؤجر مال الى تمام مدة معلومة و كفل احد

بدل الاجارة التي سميت تنتهي كفالته عند انقضاء مدة الاجارة .

هذا مع الاطلاق وبناء على ان استحقاق الاجرة يكون عند انتهاء المدة والا فيتبع الشرط ومع الاطلاق فمنذ تسليم العين المستأجرة فتدبره جيداً .

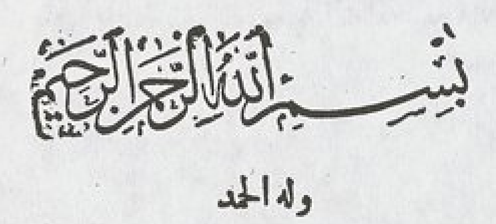
واما قوله : فان انعقدت اجارة جديدة بعد ذلك على ذلك المال - لاتكون الاجارة شاملة لهذا العقد - فهو مستدرك واضح لاحاجة الى بيانه .



الكتاب الرابع

في الحوالة

ويشتمل على مقدمة وبابين



وله الحمد

المقدمة
في
بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالحوالة

(مادة : ٦٧٣) الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة اخرى.

بعد ان كان الضمان عندهم ضم ذمة الى اخرى يتجه تعريف الحوالة بالتعبير المزبور ، واوضح منه تعبير بعضهم : بانها نقل الدين من ذمة الى اخرى بدين مماثل له ، اما بناء على ان الضمان هو نقل المال من ذمة الى ذمة كما هو عند الامامية فقد قيدوا الحوالة للفرق بينها وبين الضمان بانها تحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة - او تحويل المديون دائنه على مديونه ، وان اجزنا الحوالة على البرئ قلت : احالة المديون دائنه على غيره .

و « تحرير هذا البحث » القائم على وجه يتضح به فلق الحق والتحقيق
- انه كما ان الضمان او الكفالة باصطلاحهم كان يبتني على اربعة
اركان - الضامن ، والمضمون له ، والمضمون عنه ، والمال المضمون - فكذلك
الحوالة تبتني على مثلها - المحيل ، والمحال عليه ، والمحال ، والحق المحال به -
فالمحال عليه في باب الحوالة يوازي الضامن في باب الضمان سوى ان
الضامن عندهم - كما عرفت سابقاً - يلزم ان يكون غير مشغول الذمة
بما يضمنه بخلاف المحال عليه حيث يلزم ان يكون مشغول الذمة بما
احيل عليه ، وجعلوا هذا هو الفرق بين الضمان والحوالة بعد تساويهما
في نقل المال من ذمة الى اخرى ولكن في الضمان الى ذمة بريئة وفي
الحوالة الى ذمة مشغولة ، وقد سبقت الاشارة الى الخدشة في هذا
الفرق وان الضمان والحوالة متباينان او متغايران من حيث الجوهر
والذات والفرق بينهما بالنحو المذكور عند الاصحاب يشبه ان يكون
من قبيل التعليل بالعرضي مع وجود الذاتي فان حقيقة الضمان تعهد
والتزام اي جعل الانسان سلطنة على نفسه سواء كان مشغول الذمة
او بريئا ، وحقيقة الحوالة ازالة السلطة عن نفسه وجعل سلطنة لغيره
على غيره سواء كان ايضا مشغول الذمة او بريئا وعلى مشغول الذمة
او بريء ، فالقضية ليست قضية اشتغال او براءة وان كان الغالب في
الضمان البراءة وفي الحوالة الاشتغال ، بل قضية الفرق بين العقدين
ترجع الى جوهر الحقيقتين وان اتفقا في اكثر الاثر ، وعلى كل حال
ففي التعريفات المزبورة للضمان او للحوالة تسامحات واضحة ، ويهون

الامران الغرض منها الاشارة الى الشيء من بعض وجوهه لا الاشارة اليه من حيث حقيقته وكنهه او كل وجوهه فليتدبر .

اما المواد من (٦٧٤) الى (٦٧٧) فهي واضحة لا يتماسك عليها اي تعليق .

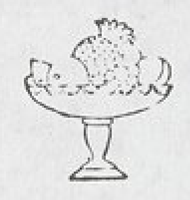
(مادة : ٦٧٨) الحوالة المقيدة هي التي قيدت بان تعطى من مال المحيل الذي هو في ذمة المحال عليه او في يده .

بناء على تعريفهم الحوالة بانها نقل المال من ذمة الى اخرى يخرج منها التحويل على مال المحيل الخارجي الذي هو في يد المحال عليه بل هو في الحقيقية ليس له اي علاقة بالحوالة وانما هو وكالة على الدفع والتسليم لا نقل مال من ذمة الى اخرى كما هو واضح .

واما مادة (٦٧٩) الحوالة المطلقة هي التي لم تقيد بان تعطى من مال المحيل الذي هو عند المحال عليه .

هذا مبني على جواز الحوالة على البري ، وتحرير البحث ان المحال عليه اما ان يكون مشغول الذمة للمحيل اولا ، والثاني هو الحوالة على البري . والاول اما ان يحيل على ذلك المال الذى له فى ذمة المحال عليه او بمال آخر مغاير ، والاول هو القدر المتيقن والمتعارف من الحوالة ، والثاني اما ان يكون الملحوظ بالمال المحول المال الذى له في ذمة المحال عليه اولا والاول كما لو قال : احلتك عليه بعشرة دراهم من الدنانير التي لي عليه ، ويظهر من بعض اساتيذنا بطلانها والاصح الصحة فيكون كوفاء الدين بغير الجنس كما لو كان له دنانير فوفاه بدراهم فانه يكون كمعاملة ضمينة

مطوية يعني انه باعه الدراهم بالدنانير التي في ذمته ، وكذا في المقام فانه استبدل الدينار اوالدينارين بعشرة دراهم واحال عليهما ورضي الثلاثة بذلك فما المانع من صحته ؟ اما لو احال عليه بمال اخر من دون نظر الى المال الذى له بذمته فيكون كل من المحيل والمحال عليه مشغول الذمة لصاحبه فيتحاسبان فاما التهاتر اويرد كل واحد منهما الزائد للآخر ،ولو احال عليه بمثل ماعليه جنساً وقدراً من دون نظر الى ما في ذمته فالتهاتر قهراً .



الباب الاول

في
بيان عقد الكفالة وينقسم الى فصلين

الفصل الاول

﴿في بيان ركن الحوالة﴾

(مادة : ٦٨٠) لو قال المحيل لدائنه : حوالتك على فلان ، وقبل الدائن تنعقد الحوالة .

المراد بهذا بيان ان الحوالة عقد يتركب من ايجاب المحيل بلفظ - حوالتك - وقبول المحال وهو دائن المحيل ويكفي هذا في انعقاد الحوالة وكانها تشير الى عدم اعتبار رضا المحال عليه وهو احد الاقوال في المسئلة عندنا ولكن المشهور عند فقهاء الامامية اعتبار رضا الثلاثة بل قيل انه يعتبر قبول المحال عليه مع قبول المحال فيتركب العقد من ايجاب

وقبولين، والمتحصل من الاقوال هنا أربعة .

١ - : اعتبار رضا الثلاثة بالايجاب من المحيل والقبول من المحال ورضا المحال عليه وهو الاشهور .

٢ - : الايجاب من المحيل والقبول من الآخرين .

٣ - : ايجاب المحيل وقبول المحال وعدم اعتبار رضا الثالث ولا قبوله ، وهو ظاهر هذه المادة .

٤ - : كفاية ايجاب المحال له والمحال عليه وعدم التوقف على رضا المحيل او قبوله كما هو صريح المادة اللاحقة .

هذا كله بناء على كون الحوالة عقداً بل من العقود اللازمة والظاهر اتفاق جميع المذاهب على ذلك ولكن خالف فيـه سيدنا الاستاذ قدس سره في عروته وجعلها هي والضمان والوكالة والجعالة ايقاعات لاعقوداً فقال في (كتاب الحوالة) مانصه :

ولكن الذي يقوى عندي انها من الايقاع غاية الأمر اعتبار الرضا من المحتال اومنه ومن المحال عليه ، وهذا لايصيره عقداً وذلك لانها نوع من وفاء الدين وان كانت توجب انتقال الدين من ذمته الى ذمة المحال عليه فهذا النقل والانتقال نوع من الوفاء وهو لايكون عقداً وان احتاج الى الرضا من الآخر كما في الوفاء بغير الجنس فانه يعتبر فيه رضاء الدائن ومع ذلك هو ايقاع ، ومن ذلك يظهر ان الضمان ايضاً من الايقاع فانه نوع من الوفاء وعلى هذا فلايعتبر فيهما شيء ممـا يعتبر في العقود اللازمة ويتحققان بالكتابة ونحوها ، بل يمكن دعوى ان الوكالة

ايضاً كذلك كما ان الجعالة كذلك وان كان يعتبر فيهما الرضا من الطرف الآخر الا ترى انه لافرق بين ان يقول : أنت مأذون في بيع داري او قال : انت وكيل ، مع ان الأول من الايقاع قطعاً ، اه .

وفي هذا الكلام مواقع للنظر بارزة ، ومخالفات للقواعد جاهزة ، وبيان ذلك يستدعي تمهيد مقدمة وهي ان الضابطة التي يمتاز بها العقود عن الايقاعات وهي : ان كل معاملة اوعمل ذي اثر شرعي ان توقف ترتب اثره عليه على طرفين فهو عقد وان كفى طرف واحد فهو ايقاع فالبيع والاجارة ونحوهما عقود لان اثرها وهو ملكية الثمن للبائع والمبيع للمشتري لايتحقق إلا بطرفين وهما المشتري والبائع - اما العتق والطلاق فلما كان ترتب الأثر من كل منهما لايتوقف على طرفين بل يكفي في حصوله طرف واحد فيترتب الاثر قهراً رضي الآخر ام لا ، جعلنا كل واحد منهما ايقاعاً .

وعلى هذه الضابطة فالضمان والحوالة والوكالة لما كان بالضرورة والاجماع لا يكفي فى حصول آثارها - وهو انتقال المال من ذمة الى ذمة بعمل واحد بل لابد من رضا الاثنين أو الثلاثة فهي عقد لامحالة ، وليت السيد رحمه الله جائنا بضابطة غير هذه حتى نجعلها معياراً للفرق والتمييز ونحكم بموجبها على تلك المعاملات - هي عقود ام ايقاعات ؟

اذا اتضح هذا نقول :

اولاً - : ان جعل الحوالة نوعاً من وفاء الدين ممنوع صغرى و كبرى ضرورة ان حقيقة الحوالة انتقال الحق من ذمة الى اخرى كما عرفت ،

وحقيقة وفاء الدين استيفاء الحق لا نقله ووفاء الدين معاملة بين الدائن والمدين والحوالة بينهما وبين اجنبي ثالث بينهما ثم لو سلم انها من وفاء الدين فقد ينفرد بعض الأنواع عن بعض بحكم أو احكام وكون بعض الوفاء ايقاعاً لا يستلزم ان يكون كل وفاء كذلك الا ترى انه لو باع المديون لدائنه طعاماً مثلاً اوغيره بالدين الذي عليه ودفعه له كان وفاء لدينه ولكنه بنحو البيع والعقد لا بنحو الايقاع .

ثانياً — : ان جعل الوفاء من الايقاع ايضاً مما لا محصل له فانه على التحقيق لا عقد ولا ايقاع بل هو عمل واجب وحق لازم الاداء ، نعم اصل القرض عقد ولكن الوفاء من توابعه وآثاره كوجوب دفع العين المبيعة بعد البيع الذي هو من آثار العقد وليس هو عقد ولا ايقاع .

ثالثاً — : ان جعل النقل والانتقال من الوفاء واضح الضعف فان الوفاء عمل المكلف والنقل والانتقال اثر توليدي للعقد يترتب عليه قهراً .

رابعاً — : ان الوفاء بغير الجنس — عند تدقيق النظر فيه — ليس إلا معاملة ضمنية ، وعقد مطوي ، والا فكيف يعقل ان يكون الطعام مثلا وفاء للدراهم اوبالعكس مع ان الوفاء يلزم ان يكون بالمثل فلا بد ان يكون هناك مبادلة بين المالين برضا صاحبي الحقين ؟

خامساً — : لو سلمنا ان هذه المعاملات ايقاعات فان الايقاع ايضاً له صيغة خاصة لا يترتب الأثر المطلوب الا بها كالطلاق والعتق وغيرها ، والظاهر اتفاق الاصحاب على ان الايقاع كالعقد لا يتحقق بالكتابة

ولا الاشارة الا من الاخرس الذى لايستطيع الكلام .

و [بالجملة] فجمل الضمان والحوالة من الايقاع وهم ودعوى تحققهما بالكتابة وهم فى وهم .

سادساً ـ : ان دعوى عدم الفرق بين ما لو قال انت مأذون ببيع داري اوقال انت وكيل في بيعها مع ان الاول من الايقاع قطعاً ـ غريبة جداً اما (اولا) فان الاذن ببيع الدار اوغيرها ليس عقداً ولا ايقاعاً بل هو رخصة واباحة بخلاف الوكالة فانها عقد يتوقف على طرفين والفرق بينهما جلي الا ترى انه لو اذن له والمأذون رد ولم يقبل ثم باع كان البيع صحيحاً اما لو وكله ورد ثم باع كان بيعه باطلا فسنخ الاول سنخ الحكم وسنخ الثانى سنخ الحق وما ابعد البون بينهما و (ثانيا) لو سلم التساوي بينهما وعدم الفرق ولكن تساويهما فى جهة لايوجب تساويهما في جميع الجهات الا ترى ان هبة الدين والابراء سواء وان كان الاول عقداً اتفاقاً من القائلين بصحته والثانى ايقاعاً بلا ريب ، فتدبر هذه النتف فانها من الطرف وبالله التوفيق .

﴿ مادة : ٦٨١ ﴾ يصح عقد الحوالة بين المحال له والمحال عليه وحدهما، مثلا ـ لو قال احد لآخر : خذ مالي على فلان من الدين وقدره كذا قرشاً حوالة عليك ، فقال له الآخر : قبلت ، اوقال له : اقبل الدين الذى لك بذمة فلان وقدره كذا قرشاً حوالة علي ، فقبل تصح الحوالة حتى انه لو ندم المحال عليه بعد ذلك لاتفيد ندامته .

يعني يكون المحال هو المحيل كما في المثال الأول او المحال عليه كما في

المثال الثاني فيتقوم العقد من اثنين فقط ، وهذا كلام غير موضح ولا منقح فان المحال عليه فى المثالين ان كان عنده مال للغائب المديون فلا يصح أن يدفع حقه لدائنه الا برضاه وبعبارة اجلى لا تبرء ذمة المحال عليه من حق غريمه الا برضاه وتحويله ولا اثر لتحويل دائنه بغير علمه ورضاه كما هو واضح وان لم يكن عنده مال له بل كان بقبوله متبرعاً فهو وان صح بدون علم الغائب ورضاه ولكنه خارج عن باب الحوالة ويدخل فى باب الضمان سواء جعلناه ضم ذمة الى ذمة اونقل حق من ذمة الى اخرى ، وحينئذ فالمثالان اما حوالة باطلة اوضمان صحيح ، وقد اعتبرت مادة (٦٨٢) علم المحال عليه ورضاه حيث تقول : الحوالة التي اجريت بين المحيل والمحال له وحدهما اذا اخبر بها المحال عليه فقبلها صحت وتمت مثلا ـ لو احال احد دائنه على آخر وهو فى ديار اخرى فبعد اعلام المحال عليه ان قبلها تتم الحوالة اعتبرت مادة (٦٨٣) علم المحال ورضاه اذ تقول الحوالة التي اجريت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له مثلا ـ لو قال احد لآخر : خذ عليك حوالة ديني الذي بذمتي لفلان وقبل المحال عليه ذلك تنعقد الحوالة موقوفة فاذا قبلها المحال له تنعقد .

❁

(الفصل الثانى)

﴿ في بيان شرط الحوالة ﴾

عرفت ان الحوالة كالضمان تقوم على خمسة اركان - المحيل ، والمحال ، والمحال عليه ، والحق المحال ، والصيغة اي الايجاب والقبول - واشارت (المجلة) اليهما في اول الفصل المتقدم ولا يلزم ان يكون الايجاب من مادة الحوالة ومشتقاتها بل يكفي كل مادل عليها دلالة صريحة مثل - خذ حقك علي من فلان ، اوجعلت دينك علي على فلان وما اشبه ذلك ، ويكفي فى القبول كما دل على الرضا مثل قبلت ورضيت ونحوهما ، ثم تعرضت لشرائط المحيل والمحال بمادة (٦٨٤) يشترط في انعقاد الحوالة كون المحيل والمحال له عاقلين ، واشتراط العقل في الثلاثة مما لاريب فيه عند الجميع ، وكذلك اشتراط البلوغ في الثلاثة ايضاً عند الامامية ، أما (المجلة) فقد جعلته شرطاً في المحال عليه فقط واكتفت بالتمييز فيما عداه وانه يصح حوالة الصبي المميز وتحويله ولكن لاينفذ شيء منهما إلا باذن وليه ، اما التحويل عليه فلايصح والمستفاد من مجموع مادتي (٦٨٤ و٦٨٥) عدم الصحة مطلقاً يعني حتى مع اذن الولي وهو تحكم واضح ، اما الملائة فليست شرطاً عندنا في صحة الحوالة ، نعم لو احاله على معسر فقبل وهو غير عالم باعساره عند القبول

كان له الخيار بعد العلم بين فسخ الحوالة اوامضائها .

(مادة : ٦٨٦) لايشترط ان يكون المحال عليه مديونا للمحيل فتصح حوالته وان لم يكن للمحيل دين على المحال عليه .

يريد بهذا صحة الحوالة على البريء وقد عرفت ان المشهور عند اصحابنا اعتبار كونه مشغول الذمة فرقاً بينها وبين الضمان ووافقهم على ذلك عموم الشافعية والا كانت من اداء الدين تبرعاً ، وقد سبق تحقيق القول في هذا الموضوع فراجع .

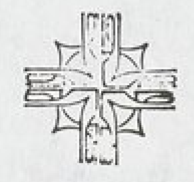
(مادة : ٦٨٧) كل دين لاتصح الكفالة به لاتصح الحوالة به .

لعلهم يريدون بهذه القاعدة ان مالا يصح ضمانه وكفالته كالديون الغير الثابتة فعلا مثل مالو قال له : استقرض وعلي ضمان قرضك اوما تحقق سببه كنفقة الزوجة وامثال ذلك اوالديون التي لاتلزم شرعاً كثمن الخمر والخنزير في الذمة فان جميع هذه الاموال لايصح ضمانها فلاتصح حوالتها .

اما طرد هذه المادة وهي مادة (٦٨٨) كل دين تصح به الكفالة تصح حوالته ايضاً فلا يخرج منها الا الدين المجهول مقداره اوصاحبه فانه يجوز ضمانه ولكن لايجوز حوالته فان الدين في الحوالة يلزم ان يكون ثابتاً قاراً معلوم الجنس والمقدار والصاحب كما صرحت به في قولها : لكن يلزم ان يكون المحال به معلوماً فلا تصح حوالة الدين المجهول مثلا - لوقال : قبلت دينك الذي يثبت على فلان لا تصح الحوالة .

(مادة : ٦٨٩) كما تصح حوالة الديون المترتبة في الذمة اصالة كذلك تصح حوالة الديون التي تترتب في الذمة من جهتي الكفالة والحوالة .

يعني كما تصح الديون المرتبة في ذمتك اصالة من غير جهة الحوالة فتحيل بكل دين منها على شخص كذلك يصح ان تحول ما لزم ذمتك ذمته بالحوالة او بالضمان والكفالة فاذا احال عليك دائنك تحيل محاله على مدينك وهو يحيله على مدينه وهكذا فيترامى الضمان والحوالة ويتسلسل فيعود او يدور .



الباب الثانى

في بيان احكام الحوالة

﴿ مادة : ٦٩٠ ﴾ حكم الحوالة هو كون المحيل و كفيلة من الكفـالة ان كان له كفيل ويثبت للمحال له حق مطالبة ذلك الدين من المحال عليه واذا احال المرتهن احـدا على الراهن فلا يبقى له حق حبس الرهن ولا صلاحية توقيفه .

كل ذلك لان الحوالة نقل الحق من ذمة الى اخري ومعنى انتقاله من ذمة المحيل براءتها فهو اداء او كالأداء واذا ابره بره كفيله ايضاً وانفك الرهن الذي كان على الحق فلا حق للراهن في حبسه وتشتغل ذمة المحال عليه بالحق للمحال ويكون كدين جديد عليه .

(مادة : ٦٩١) لو احال المحيل حوالة مطلقة فان لم يكن له عند المحال عليه طلب يرجع المحال عليه على المحيل بعد الاداء وان كان له طلب يقاضيه به .

مقتضى قولهم بعد الأداء انه ليس له حق المطالبة والرجوع قبل الأداء ولكن مقتضى ماعرفت من انه كدين جديد وان المحال عليه صار مديونا للمحال ودائنا للمحيل ان له حق المطالبة ان كان الاجل حالاً ولو قبل الأداء للمحال اذلا علاقة لاحد الدينين بالآخر بعد القبول فمقتضى القواعد

صحة الرجوع لانه اصبح مشغول الذمة له .

نعم ثبت خلاف هذا في الضمان على خلاف القاعدة وانه لاحق للضامن في الرجوع إلا بعد الاداء كما انه لاحق له إلا بالرجوع بمقدار مادفع لابمقدار الدين ، أما هنا فيرجع بما اشتغلت به الذمة سواء دفع ذلك المبلغ ام دفع الاقل على مقتضى القاعدة من انه اشتغال جديد لا علاقة له بسابقه بعد تحققه ، هذا اذا كان المحال عليه بريئاً ، اما لو كان مشغول الذمة للمحيل فان احال بمثل دينه سقط بالتهاتر قهراً والا فيتحاسبان ويأخذ كل واحد منهما حقه من الآخر .

(مادة : ٦٩٢) ينقطع حق مطالبة المحيل المحال به في الحوالة المقيدة وليس للمحال عليه بعده ان يعطي المحال به للمحيل وان اعطاه يضمن وبعد الضمان يرجع على المحيل ولو توفي المحيل قبل الاداء وكانت ديونه ازيد من تركته فليس لسائر الغرماء حق في المحال به .

اشتملت هذه المادة على ثلاثة امور .

الأول ـ : ان الحوالة على مشغول الذمة ـ وهي الحوالة المقيدة عندهم ـ توجب براءة ذمة المحيل من دين المحال ولا حق له بمطالبة حقه من المحيل حيث انه قد انتقل الى ذمة المحال عليه .

الثاني ـ : انه يترتب على ذلك عدم جواز اعطاء المحال عليه الحق للمحيل لأنه صار للمحال فلو اعطاه له ضمن للمحال ودفع الحق له ثم استرجعه من المحيل طبعاً .

الثالث ـ : مما يترتب على ماتقدم من الانتقال انه لومات المحيل قبل

اداه المحال عليه للمحال وكانت ديونه أكثر من تركته فليس للديان ان يتدخلوا في ذلك الحق المحال وان يجعلوه من جملة تركته كي يضرب المحال معهم بالنسبة كسائر الغرماء لان الفرض انه قد انتقل الى المحال وملكه على المحال عليه قبل موته ولا يتوقف ذلك على الأداء وعدمه والجميع واضح .

(مادة ٦٩٣) لاتبطل الحوالة المقيدة بان يؤدي مما في ذمة المشتري للبائع من ثمن المبيع اذا هلك المبيع قبل التسليم وسقط الثمن اورد بخيار الشرط اوخيار الرؤية اوخيار العيب اواقيل البيع ويرجع المحال عليه بعد الأداء على المحيل يعني يأخذ ما اداه للمحال له من المحيل اما لو تبين براءة المحال عليه من ذلك الدين بان استحق واخذ المبيع فتبطل الحوالة .

تضمنت هذه المادة ايضاً امرين مهمين

احدهما ـ : ان البائع اذا احال دائنه على المشتري بالثمن ثم حصل ما يوجب فسخ البيع باقالة اوخيار اوتلف المبيع قبل القبض فان الحوالة تبقى بحالها ولا تنفسخ بل غايته ان البائع يغرم للمشتري مثل الثمن ان كان مثلياً وقيمته ان كان قيمياً كما في سائر موارد التصرف في احد العوضين الذي يتعقبه فسخ باحد الاسباب .

ثانيهما ـ : انه لو ظهر بعد الحوالة بطلان البيع فان الحوالة ايضاً تكون باطلة لانه انما احال بالثمن على المشتري والفرض انه قد انكشف ان ذمته غير مشغولة بالثمن لبطلان البيع .

و (تحرير هذا) انه اما ان يحول البائع اجنبياً على المشتري بالثمن

او يحول المشتري البائع به على اجنبي ، اما - الاول - فلا اشكال في ان الحوالة يظهر بطلانها بعد ظهور بطلان البيع فان كان الاجنبي لم يقبض فلا شيء وان كان قبض استرده المشتري منه ورجع المحال على البائع بحقه ان كان له عليه حق ، ودعوى الصحة بناء على صحة الحوالة على البرئ مدفوعة بانه لم يحول عليه بل احال على المال الذي في ذمته وهو الثمن واحتمال كونه من قبيل الداعي واضح الفساد فانه في صميم العقد فلا في القصد وحده فتدبره ، واما - الثاني - فلا ينبغي الاشكال ايضاً في ان الحوالة باطلة انما الكلام في ان الاجنبي الذي دفع للبائع هل برئت ذمته من دين المشتري لانه قد دفعه الى البائع باذنه بل بأمره فلا حق عليه ولكن يرجع على البائع فيأخذ منه ما استلمه من الاجنبي بتحويله ؟ او ان ذمته بعد مشغولة للمشتري لأنه احال عليه باعتبار كونه مشغول الذمة للبائع وقد انكشف عدم اشتغال ذمته له فتبطل الحوالة لفقد شرطها وهو اشتغال ذمة المحيل للمحال - اي المشتري للبائع ؟ وهذا هو الاقوى ، وحينئذ فيرجع المشترى على الأجنبي بحقه ويرجع الاجنبي على البائع بما دفع له اشتباهاً وبغير حق .

﴿ مادة : ٦٩٤ ﴾ تبطل الحوالة المقيدة بان يؤدى من مال المحيل الذي هو فى يد المحال عليه امانة اذا ظهر مستحق واخذ ذلك المال ويعود الدين على المحيل .

ليس هذا من الحوالة المصطلحة لأنها انتقال الأموال من الذمم الى الذمم ، اما التحويل على مال الوديعة ونحوها فحقيقته انه توكيل على

الدفع ولكن الحكم على كل حال واحد ، يعني انه لوظهران المال مستحق للغير وكان المحال قد دفع رجع صاحب المال عليه ويرجع هو على المحيل لانه هو السبب لدفعه وهو ظاهر كظهور :

﴿ مادة : ٦٩٥ ﴾ اذا كانت الحوالة مقيدة بان يؤدى من مبلغ المحيل الذي هو في يد المحال عليه فهلك ذلك المال فان لم يكن مضمونا بطلت الحوالة وعاد الدين على المحيل وان كان مضمونا لا تبطل الحوالة مثلا ـ لواحال احد دائنه على آخر على ان يؤدي من دراهمه التي هي عنده امانة ثم تلفت الدراهم قبل الاداء بلا تعد تبطل الحوالة ويعود دين الدائن على المحيل واما لو كانت تلك الدراهم مغصوبة او امانة مضمونة باتلافه فلا تبطل الحوالة .

ووجهه واضح فان الحوالة تنقلب على عوض الامانة التالفة المضمونة فيجب ان يؤدي منها ولكن كل هذا ليس من الحوالة المصطلحة في شيء مثل :

[مادة : ٦٩٦] لواحال احد دائنه على آخر بان يبيع مالاً معينا له ويؤدي الدين من ثمنه وقبل المحال عليه الحوالة بهذا الشرط تصح ويجبر المحال عليه على بيع ذلك المال واداء دين المحيل من ثمنه .

فانها اجنبية عن الحوالة الشرعية ولا يلزم المحال عليه العمل بها ، وله ان يرفضها حتى بعد القبول بل هي وكالة على البيع ، ووكالة على الدفع ، والوكالة عقد جائز من الطرفين ـ كما سيأتي ـ ولكل منهما ان يحلها ويرفضها متى شاء ، والحوالة الصحيحة هي التي تشتغل بها الذمم

وينتقل المال بها من ذمة لذمة ، وهذه هي اللازمة التى لا يمكن رفضها ولا تزول الا باسباب خاصة كالبيع والأجارة وامثالها فتدبره جيداً .

(مادة : ٦٩٧) الحوالة المبهمة اي التى لم يبين فيها تعجيل المحال به وتأجيله ان كان الدين فيها معجلا على المحيل تكون حوالة معجلة على المحال عليه ويلزمه الاداء في الحال وان كان الدين مؤجلا تكون حوالة مؤجلة ويلزم الاداء بحلول الاجل .

يريدون بالحوالة المبهمة ـ المطلقة ـ اي التي لم يذكر فيها تعجيل ولا تأجيل فتكون معجلة ان كان الدين معجلا ، وان كان مؤجلا تكون الحوالة مؤجلة ، فالاطلاق ينصرف الى التعجيل اصالة الا ان يكون الدين من ذاته مؤجلا ، وحينئذ فان قيدوها بالتعجيل تعجلت والا فهي على طبق الدين حسب واقعه .

[مادة : ٦٩٨] ليس للمحال عليه ان يرجع على المحيل قبل اداء الدين ولا يرجع الا بالمحال به يعني يرجع بجنس ما احيل عليه من الدراهم والا فليس له الرجوع بالمؤدى مثلا ـ لو احيل عليه بفضة واعطى ذهباً يأخذ فضة وليس له ان يطالب بالذهب وكذلك لو اداها باموال واشياء اخر فليس له الا اخذ ما احيل به عنه .

اوضحنا لك قريباً ان هذا الحكم مختص بالكفالة ـ اي الضمان ـ على خلاف القاعدة للخبر والاجماع ، اما الحوالة فهي باقية على ما تقتضيه القواعد من ان له المطالبة سواء ادى اولم يؤدى بعد ان اشتغلت ذمته للمحال واشتغلت ذمة المحيل للمحال عليه لو كان بريئاً فكل منهما له ان يطالب

الآخر محقة عند حلول الاجل ولا يناط احد الدينين بالآخر ولا علاقة بينهما فراجع وتدبر .

ومنه تعرف ما اشتملت عليه هذه المادة من الامر الثاني وهو قولهم : ولا يرجع الا بالمحال به يعني يرجع بجنس ما احيل عليه الى آخره ، يعني لو احاله بدراهم فتراضى المحال والمحال عليه ان يدفع عوضها دنانير اوثوبا اوغير ذلك فلا يرجع المحال عليه على المحيل الا بالدراهم لا بما تراضيا عليه .

(مادة : ٦٩٩) كما يكون المحال عليه بريئاً من الدين باداء المحال به اوبحوالته اياها على الآخر اوبابراء المحال له اياه كذلك يبرء من الدين لو وهبه المحال اوتصدق به عليه وقبل ذلك .

حاصل هذه المادة ان برائة ذمة المحال عليه كما تكون بادائه المبلغ المحال اوتحويله على آخر كذلك تحصل بابراء المحال له اوهبته له او التصدق به عليه ، والفرق بينهما قصد القربة ، أويحتسبه عليه من الحقوق الشرعية من خمس اوزكاة اوغيرهما .

ومثل هذه الوجوه تحصل مالو مات المحال فورثه المحال عليه فان المال ينتقل اليه وتبرء ذمته لأن الانسان لايملك على نفسه شيئاً كما في مادة (٧٠٠)لو توفي المحال له وكان وارثه المحال عليه لايبقى حكم الحوالة .



الكتاب الخامس

في الرهن

ويشتمل على مقدمة وثلاثة ابواب



وله الحمد

المقدمة

﴿ في بيان الاصطلاحات الفقهية ﴾

﴿ المتعلقة بالرهن ﴾

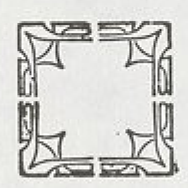
(مادة : ٧٠١) الرهن حبس مال وتوقيفه في مقابلة حق يمكن استيفاؤه منه ويسمى ذلك المال مرهونا أو رهنا .

عرف الرهن فقهاؤنا بما هو اخصر من هذا والصق بحقيقته فقالوا : هو وثيقة على الدين ، او ـ وثيقـة على دين المرتهن ، والاقرب الى حقيقته انه سلطنة على العين من المالك لدائنه فى استيفاء دينه منها عند عدم الدفع في الأجل فهو حق مالي يتعلق بالعين للمرتهن يوجب حبسها على الراهن الى ان يصله حقه او يستوفيه منها .

(وبعبارة اجلى) ان الحق كما يكون في ذمة الانسان وفي عهدته كذلك قد يكون في عهدة المال وذمته ، يعني في ذمة العين المالية ، فالرهن في الحقيقة ضم ذمة الأعيان الى ذمة الانسان فالمال الذي اقرضته لزيد تارة تتعهد لك ذمته به فقط وهو الدين المطلق وتارة ذمته وذمة العين المرهونة وهو الدين الموثوق فلك في العين حق استيفاء المال منها لا ان

لك مثل المال فيها كما ينسب الى الحنفية ، وفرعوا على ذلك انها لو تلفت في يد المرتهن بغير تفريط كان التلف عليهما لو زادت على الدين او نقصت وعلى المرتهن لو ساوته ، مثلا - لو كانت قيمتها مأتين و كان الدين مائة سقط دينه ولم يغرم للراهن شيئا فيكون تلفها عليهما ، ولو كانت قيمتها مائة فتلفها على المرتهن فقط ، ولو كانت ثمانين دفع له الراهن عشرين لأن التلف - كما عرفت - عندهم استيفاء ، اما عند الامامية وباقي المذاهب فالتلف بلا تفريط على الراهن فقط مطلقا ودين المرتهن بحاله لا يذهب منه شيء كما لو كفل المال كفيلان ومات احدهما فتدبره .

اما - مادة (٧٠٢) الى مادة (٧٠٥) فكلها واضحة ولا حاجة الى ذكرها .



الباب الأول

في

« بيان المسائل المتعلقة بعقد الرهن »

(وينقسم الى ثلاثة فصول)

الفصل الاول

في

« بيان المسائل المتعلقة بركن الرهن »

(مادة : ٧٠٦) ينعقد الرهن بايجاب الراهن والمرتهن وقبولهما ، ولكن لايتم الرهن ولا يلزم مالم يكن تم قبض الرهن ، بناء عليه للراهن ان يرجع عن الرهن قبل التسليم .

اشتملت هذه المادة على امرين مهمين من مباحث الرهن .

الاول ـ : ان الرهن من العقود فيحتاج تحققه الى ايجاب وقبول ، ولكن ايجاب الراهن وقبول المرتهن لا كما في (المجلة) ايجابهما وقبولهما ، وكونه من العقود مما لاينبغي الريب فيه بل لعله مما اتفق عليه فقهاء

المذاهب اجمع ، ولكن يكفي فيهما كل مادل على انشاء معناهما كما نص عليه في المادة التالية (٧٠٧) ايجاب الرهن وقبوله هو قول الراهن : رهنتك هذا الشيء في مقابلة ديني اولفظ آخر في هذا المآل وقول المرتهن قبلت اورضيت اولفظ آخر يدل على الرضا ولا يشترط ايراد لفظ الرهن مثلا - لو اشترى احد شيئا واعطى للبائع مالا وقال له ابق هذا المال عندك الى ان اعطيك ثمن المبيع يكون قد رهن ذلك المال .

الثاني - : مما اشتملت عليه المادة السابقة اشتراط قبض العين المرهونة في الرهن ، وهذه المسألة من مسائل الخلاف عندنا ، والمعروف فيها ثلاثة اقوال .

(الاول) انه شرط في صحة الرهن فيكون نحو اشتراطه فيه نحو اشتراطه في الهبة فلا يكون للعقد اي اثر بدونه .

(الثاني) انه شرط في لزومه فيكون العقد قبل القبض مؤثراً لتعلق حق بالعين ولكن على نحو الجواز لا اللزوم فله ان يرجع قبل القبض فيبطل العقد بخلافه بعد القبض . وهذا هو الظاهر من عبارة « المجلة » في هذه المادة .

(الثالث) انه غير شرط لا في لزومه ولا صحته وحال القبض فيه حاله في سائر عقود المعاوضات مثل البيع والاجارة حيث يجب على كل من المتعاقدين تسليم ماوقع عليه العقد الى الآخر بمقتضى حكم المعاوضة ، ولعل هذا هو الاوفق بالقواعد ، والاقرب الى مفاد الادلة وهي عمومات الرهن وعدم المخصص لها سوى مايتوهم من قوله تعالى (فرهان مقبوضة)

وفي الحديث (لارهن إلا مقبوضاً) ودعوى الاجماع الذي لم نتحققه ، اما الآية فمن تدبر ماقبلها وما بعد لايجدها في مقام التعرض لشرائط الرهن ومقوماته ولا فى مقام الوجوب والالزام وانما هي فى مقام الارشاد الى التوثق فى الدين واخذ الحائطة بالكتابة والاشهاد وما الى ذلك .

ولا يبعد ان المراد فى الآية والحديث بيان ان الرهن يلزم ان يكون عيناً يمكن قبضها حين العقد لاديناً في الذمة ، ولعل اليه الاشارة بتأنيثه في الآية اي عيناً مقبوضة .

و « بالجملة » فليس من دليل صريح في توقف عقد الرهن على القبض لا لزوماً ولاصحة ، وليس حاله بالنسبة الى القبض الا حال سائر العقود فاذا جرى عقد الرهن ايجاباً وقبولا وجب على الراهن ان يقبض المرتهن العين المرهونة ، ثم اما ان يتفقا على بقائها عنده الى الاجل اوعندالراهن اوعند امين ثالث بينهما ، ولكن ليس للراهن بعد العقد الرجوع عن الرهن خلافاً لما فى « المجلة » الموافق المشهور عند فقهائنا ، وعقد الرهن كسائر العقود يكفي فيه كل مايدل عليه ولكن بالصراحة ولو بمعونة القرينة ولا ينعقد بالمجازات البعيدة ، والكنايات الغامضة ، كما في مادة « ٧٠٧ »

الفصل الثاني

في

« بيان شروط انعقاد الرهن »

« مادة : ٧٠٨ » يشترط ان يكون الراهن والمرتهن عاقلين ولا يشترط ان يكونا بالغين حتى جاز رهن الصبي المميز وارتهانه .

اما عند الامامية فيشترطون البلوغ ايضاً قولا واحداً، وان يكون مختاراً قاصداً ، لا مكرهاً ولا هازلا .

« مادة : ٧٠٩ » يشترط ان يكون المرهون صالحاً للبيع بناء عليه يلزم ان يكون موجوداً ، ومالا متقوماً ، ومقدور التسليم في وقت الرهن .

لما كان الرهن بحسب حقيقته وثيقة على الدين فلازم ذلك ان يكون مالاً ذا قيمة يمكن عادة حصول الوثوق والاطمئنان به في تأمين حق المرتهن الدائن، وحينئذ فلا يصح رهن مالا مالية له كالهوام والحشرات، ولا رهن مالا وجود له حال الرهن ، فلا يصح رهن ماسيوجد كثمرة الشجرة وحمل الدابة وبلزم ان يكون ملكا طلقاً ، فلا يصح رهن الوقف ومال المفلس وتركة الميت التي تعلق بها حق الغرماء ، بل لا يصح

ايضاً رهن العين المرهونة عند مرتهن آخر الا برضا المرتهن الاول وهكذا ، وان يكون مقدور التسليم حين الرهن ، فلا يصح رهن العبد الآبق والدابة الشاردة والمال الساقط في البحر وامثال ذلك ، وان يكون عيناً فلا يصح رهن المنفعة ، وقد جعلت « المجلة » ضابطة العين التي يصح رهنها هي العين التي يصح بيعها ولكنك عرفت في « الجزء الاول ـ ٧٢ ـ » التأجيل في صحة هذه الضابطة ، والمناقشة في الكلية القائلة : ان « كل مايصح بيعه يصح رهنه » وانها تنتقض بالدين الذي يصح بيعه اتفاقاً ولا يصح رهنه اتفاقاً والمشاع فانه يصح بيعه ولا يصح رهنه اتفاقاً والمشاع فانه يصح بيعه ولا يصح رهنه عند الاكثر الا بعد قسمته كي يمكن قبضه فعلاً ، والمنافع لو قلنا بصحة بيعها ولكن لا يصح رهنها اتفاقاً وان كان لامانع منه عقلاً واعتباراً .

نعم عكس القاعدة مسلم لاريب فيه فان كل ما لا يصح بيعه لا اشكال في انه لا يصح رهنه وليس عندنا ـ ما يصح رهنه ولا يصح بيعه ـ هذا كله في شروط العين المرهونة .

واما الحق الذي يصح الرهن عليه فقد اتفقوا على ان الحق الذي يصح الرهن عليه هو الكلي الذي استقر اشتغال الذمة به سواء كان قرضاً اوثمن مبيع او سلماً اومهراً اوفدية خلع اونفقة اوارش جناية او ارش معيب اوغير ذلك ، هذا هو الأصل فيما يصح الرهن عليه ، ثم توسعوا فجوزوه على العين كما اجازوه في الدين فقالوا : بصحة الرهن على الاعيان المضمونة كالمغصوب ودرك المبيع والمقبوض بالسوم وبالعقد

الفاسد وهكذا سائر ما يتعلق به الضمان من الأعيان ولا يخرج إلا الامانات لأنها غير مضمونة كما نصت عليه مادة « ٧١٠ » يشترط ان يكون مقابل الرهن مالاً مضموناً بناء عليه يجوز اخذ الرهن لاجل مال مغصوب ولا يصح لأجل مال الأمانة .

وتخصيصه بخصوص الديون - كما لعله الأشهر - ليس له حجة ظاهرة كتخصيصه بالحق الثابت فعلاً اي حال الرهن فلا يجوز الرهن على ما سيقترضه او ما سيغرمه او ما سوق يجنيه او ما شبه ذلك وعدم صحة الرهن على مثل هذه الحقوق المفترضة التي لم تحصل هي ولا اسبابها مما لا ريب فيه ، انما الكلام فيما تحقق سببه ومقتضيه ، كعقد الزواج الذي هو سبب لوجوب النفقة على الزوج والطلاق الذي هو مقتض لوجوب نفقة العدة وأمثال ذلك ، والأصح صحة الرهن عليها وكفاية هذا المقدار من الاستعداد لتعلق الحق ، وبهذا الملاك صح الرهن على ضمان درك المبيع او الثمن لو ظهر مستحقاً للغير .

﴿ الفصل الثالث ﴾

في

(زوائد الرهن المتصلة وفي تبديل الرهن وزيادته بعد عقد الرهن)

(مادة : ٧١١) كما ان المشتملات الداخلة في البيع بلا ذكر تدخل في

الرهن ايضاً كذلك لورهنت عرصة تدخل في الرهن اشجارها واثمارها وسائر مغروساتها ومزروعاتها وان لم تذكر صراحة .

هذا مع الاطلاق اوالعرف الخاص فواضح اما بدونهما فالمتبع التقييد .

« مادة : ٧١٢ » يجوز تبديل الرهن برهن آخر ، مثلا ـ لورهن احد ساعة في مقابلة كذا دراهم دينه ثم بعد ذلك لو اتى بسيف وقال : خذ هذا بدل الساعة ، ورد المرتهن الساعة واخذ السيف يكون السيف مرهوناً مقابل ذلك المبلغ .

مُدرك هذه المادة والتين بعدها « ٧١٣ و ٧١٤ » زيادة الرهن على الدين الواحد كزيادة الدين على الرهن الواحد يعني لو كان الرهن على مائة ثم اخذ من المرتهن مائة اخرى على ان يكون الرهن على المائتين اوضم الساعة الى السيف على المائة الواحدة ان الحق بينهما فاذا تراضيا واوقعا العقد ثانياً على الزائد اوالناقص صح ذلك لوجود المقتضى وعدم المانع .

« مادة : ٧١٥ » الزائد الذي يتولد من المرهون يكون مرهوناً مع الاصل .

هذا مع الاطلاق مما لااشكال فيه فان فوائد العين المرهونة تتبع الاصل اما الكلام انه هل يصح اشتراط اطلاقها على ان يتصرف بها الراهن كيف شاء ام لايصح ذلك ؟ وجهان من عموم ادلة الشروط ومن انه مناف لمقتضى عقد الرهن فان مقتضى طبيعة عقد الرهن منع الراهن والمرتهن من التصرف واستيفاء المنافع من العين المرهونة تصرف، فبها وهذا هو الاقوى .

(الباب الثاني)

في

﴿ بيان مسائل تتعلق بالراهن ﴾
﴿ والمرتهن ﴾

من خواص عقد الرهن الذي يعز النظير له فيها انه لازم من احد الطرفين جائز من الطرف الآخر ، فمن جهة الراهن لازم ، ومن جهة المرتهن جائز ، وسره واضح لا يحتاج الى بيان ، كما نصت عليه مادة (٧١٦) المرتهن له ان يفسخ الرهن وحده - اي وان لم يرض الراهن ومادة (٧١٧) ليس للراهن فسخ عقد الرهن بدون رضا المرتهن - فاذا رضي انفسخ لان الحق له وقد اسقطه فيسقط قهراً حتى مع عدم رضا الراهن ، اما لو اتفقا معاً على الفسخ فبالطريق الاولى ينفسخ كما في مادة « ٧١٨ » اذا اتفق الراهن والمرتهن لهما فسخ الرهن ، ولكن من الغريب قول « المجلة » هنا : وللمرتهن حبس الرهن وامساكه الى ان يستوفي طلبه من الراهن بعد الفسخ فانهما اذا اتفقا على الفسخ وفسخ المرتهن الذي هو صاحب الحق فاي حق له في حبس الرهن بعد الفسخ ؟ وهل هذا إلا التناقض بعينه والتهافت بنفسه ؟ فتدبرها جيداً فانها نكراء .

ولازم صحة الفسخ ان يرد المرتهن العين المرهونة - لو كانت عنده - الى

الراهن ، ويحرم عليه امساكها بعد الطلب ويكون ضامنا لو تلفت مطلقا ، ولا يعقل ان يتوقف الفسخ على التسليم وهو من آثاره فتدبر .

(مادة : ٧١٩) يجوز ان يعطى المكفول عنه رهنا لكفيله .

هذا في كفالة المال - اى الضمان - واضح لان المكفول عنه مدين للكفيل بما كفل اذا كان بطلبه واذنه ، اما في كفالة النفس فمشكل حتى لو قلنا بصحة ضمان العين فتأمل .

(مادة : ٧٢٠) يجوز ان يأخذ الدائنان من المديون رهنا ان كانا مشتركين في الدين اولا الخ . . . .

هذه المادة وما بعدها التي هي عكسها مدركها واحد وهو حصول التوثق فى كلا الصورتين وكان ينبغي جمعها بمادة واحدة فى عبارة موجزة فيقال : يصح رهن العين الواحدة على ديون متعددة لواحد اومتعدد كما يصح رهن الأشياء المتعددة على دين واحد اومتعدد لواحد اومتعدد ، فتفيد معاني كثيرة في عبارة يسيرة فتدبر .

الباب الثالث

في

بيان المسائل التي تتعلق بالمرهون الرهن
(وينقسم الى فصلين)

الفصل الأول

في

(بيان مؤنة المرهون)

« مادة : ٧٢٢ » على المرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه او بمن هو امينه كعياله وشريكه وخادمه .

كان اللازم اولا بيان ان عقد الرهن ما الذي يقتضيه حسب طباعه واطلاقه هل هو بقاء العين المرهونة عند الراهن او المرتهن ؟ او عند ثالث اولا اقتضاء له في شيء من هذه الناحية ؟؟ بل يتبع ما يتفقان عليه ، وهذا هو الاصح ولا ينافيه اعتبار القبض عند الاكثر اذ لا ملازمة بين قبض المرتهن وبقائه عنده فان اتفقا بعد قبضه وانعقاده على وجه فهو، وان تشاحا

رجعت القضية الى حاكم الشرع فيضعه عند عدل مؤتمن وان اتفقا على وضعه عند المرتهن وجب عليه حفظه كما في المتن في هذه المادة ومادة (٧٢٣) المصارف التي تلزم لمحافظة الرهن كأجرة المحل والناظر على المرتهن ، ولكن انما تلزم على المرتهن بالشرط والا فاطلاق العقد لا يقتضي ذلك بل الواجب عليهما أن يعينا ذلك وكون القبض لمصلحة لا يقتضي تعيين ذلك عليه ضرورة ان المصلحة مشتركة بينهما ، نعم الاطلاق يقتضي كون العلف واجرة الرعي والراعي ان كان حيوانا - كما في مادة (٧٢٤) على الراهن ، وان كان عقاراً فتعميره وسقيه وتلقيحه وتطهير خرقه وسائر مصارفه التي هي لاصلاح منافعه وبقائه عائدة الى الراهن ايضاً فان بذلها اواذن المرتهن ان ينفقها استحق المرتهن الرجوع بها عليه وان لم يأذن ولم يدفع استأذن المرتهن الحاكم وكان له حق الرجوع وان انفق بدون اذن الراهن ولا الحاكم كان متبرعا لا يستحق الرجوع على الراهن بشيء كما ان الراهن لو انفق ما يجب على المرتهن انفاقه بدون اذنه لا يستحق الرجوع به ايضاً لانه بحكم المتبرع كما في مادة (٧٢٥) كل من الراهن والمرتهن اذا صرف على الرهن ما ليس عليه بدون اذن الآخر يكون متبرعاً وليس له ان يطالب الآخر بما صرفه .

الفصل الثانى

في الرهن المستعار

[مادة : ٧٢٦] يجوز ان يستعير احد مال آخر ويرهنه باذنه ويقال لهذا الرهن المستعار .

تقدم في (الجزء الأول) التعرض لهذه القضية وانها من معضلات فنّ الفقه اذ كيف يرهن انسان على دينه مال غيره مع انه (لا رهن إلا في ملك) ؟ ثم كيف بعد ذلك يباع مال انسان قهراً عليه ويوفى به دين غيره ؟ وكيف يدخل العوض في ملك غير من خرج منه المعوض ؟ ثم ان العارية بطبيعتها عقد جائز للمعير ان يرجع بها متى شاء فكيف صارت هنا لازمة لا يقتدر المالك على الرجوع بها إلا باداء الدين وهو غير مستدين ، فالحكم بصحة الرهن هنا تحتاج الى علاج كل هذه المخالفات المنافية للقواعد الاساسية ومحكمات الفقه ، وقد سبق البحث في بعض هذه الجهات وسيأتي كثير من احكام الرهن المستعار فى الفصل الثاني وكان اللازم ذكرها اجمع في هذا الفصل .

وكيف كان فلا ريب ان الرهن المستعار تابع سعة وضيقاً لاجازة المالك ومقدار رخصته في الاطلاق والتقييد فلو قيد ان يرهنه في زمن

معين او على مقدار معين او شخص معين يلزم الراهن الاقتصار على محل الرخصة فلو تجاوز بطل الرهن وان اطلق المالك كان للراهن ان يرهنه كيف شاء كما نصت على ذلك مادتنا « ٧٢٧ و ٧٢٨ » ، وكان ينبغي للمجلة التنبيه على ان المستعير لو تجاوز موضع الاذن وتلف المال عنده او عند المرتهن ضمنه للمعير مطلقاً والا فلا ضمان الامع التعدي .



الباب الرابع

في

﴿ بيان احكام الرهن وينقسم الى اربعة فصول ﴾

الفصل الاول

(مادة : ٧٢٩) حكم الرهن هوان يكون للمرتهن حق حبسه الى حين فكه ، وان يكون احق من سائر الغرماء باستيفاء الدين من الرهن اذا توفى الراهن .

اذاتم عقدالرهن يترتب عليه عدة احكام تكليفية ووضعية ، اما التكليفية فمثل حرمة تصرف كل من الراهن والمرتهن بالعين المرهونة مطلقاً الا مايعود الى حفظ العين كسقي الدابة وعلفها ونقل المتاع من محل الى آخر احفظ وامثال ذلك ، اما الوضيعة فهى كثيرة ﴿ منها ﴾ حق حبس العين على الراهن ومنعه من التصرف في ملكه الابرضا المرتهن ، وليس معنى الحبس ان يحبسها المرتهن عنده فان ذلك ليس من مقتضيات الرهن بل المراد حبس المالك عن التصرف فلا يصح بيعه ولا ايجاره ولا رهنه ثانياً ولا هبته إلا برضا المرتهن .

و ﴿ منها ﴾ ان الراهن لوفلسه الحاكم فالمرتهن لايضرب مع الغرماء كاملاً فان زاد منه شيء رده الى بقية الغرماء وان نقص ضرب معهم

في بقية الاموال .

و ﴿ منها ﴾ انه لومات الراهن فان فك الورثة الرهن والا كان المرتهن احق به من سائر الغرماء سواء قصرت التركة عن الديون ام لا .

و ﴿ منها ﴾ انه لو امتنع الراهن عن وفاء الدين كان للمرتهن ان يرفع امره الى الحاكم فيبيع المرهون ويدفع له دينه ويدفع الباقي للراهن ان بقي شيء سواء كان الامتناع عن عجز او مماطلة .

ومن هذا البيان تعرف خلل عبارة ﴿ المجلة ﴾ وقصورها عن الوفاء عما يجب في هذا البحث .

(مادة : ٧٣٠) لا يكون الرهن مانعاً عن مطالبة الدين وللمرتهن صلاحية مطالبته بعد قبض الرهن ايضاً .

الرهن لا يغير الدين ولا يبدله ، ولا يقدمه ولا يؤخره ، فهو على حاله ان كان مؤجلا فمؤجل وان كان معجلا فمعجل وله المطالبة بدينه عند حلول اجله ولا يمنعه وجود الرهن من ذلك .

(مادة : ٧٣١) اذا اوفى مقداراً من الدين لا يلزم رد مقدار من الرهن الذي هو فى مقابله ، وللمرتهن صلاحية حبس مجموع الرهن وامساكه الى ان يستوفي تمام الدين .

نسبة الرهن الى الدين تتصور على انحاء يمكن ان يكون قصد المتراهنين متجهاً الى واحد منها .

(الأول) نحو مقابلة المجموع بالمجموع ولازم هذا ان يفك تمام الرهن باداء جزء من الدين ولو قليل .

« الثاني » ان يكون على نحو مقابلة الجمع بالجمع التي تقتضي التوزيع ، ولازم هذا انه كلما ادى جزء انفك من الرهن بمقداره .

« الثالث » ان يكون بنحو مقابلة الكل بالجزء وهـذا عكس الأول فان لازمه ان يبقى تمام الرهن محبوساً الى اداء تمام الدين فلو ادى تمام الدين عدا جزء يسير منه بقي الرهن بتمامه على الجزء وهو الذي ذكرته « المجلة » والاصح ان يقال : انه اذا ظهر من قصد الراهنين احد تلك المعاني تعين والا ـ اي مع الاطلاق ـ فالقاعدة تقتضي الوسط على القاعدة المعروفة عندهم من ان مقابلة الجمع بالجمع تقتضي التوزيع ، ولكن المشهور عندنا على الظاهر هو النحو الاخير المختار للمجلة ولعل مدركهم انه الصق بالتوثق والاحتياط لاسترداد الدين وهو وان كان كـذلك ولكن تعيين هذا النحو من التوثق يحتـاج الى معين وهو مفقود فليتدبر .

نعم لا اشكال فيما لو كان عليه دينان ولكل منهما رهن فان دفع دين احدهما انفك ما يقابله من الرهن وبقي الآخر كما ذكرته بقولها : ولكن لو كان المرهون شيئين وكان تعين لكل منهما مقدار من الدين اذا ادى مقدار ما تعين لاحدهما فللراهن تخليص ذلك فقط .

« مادة : ٧٣٢ » لصاحب الرهن المستعار ان يؤاخذ الراهن المستعير لتخليصه وتسليمـه اياه ، واذا كان المستعير عاجزاً عن اداء الدين لفقره فللمعير ان يؤدي ذلك الدين ويستخلص ماله من الرهن .

يعني لا حق له باسترداد الرهن من المرتهن الا بان يؤدي الدين هـو او المستعير او متبرع ، وبهذا خرجت هذه العارية عن بابهـا ، واذا ادى

المعير الدين لتخليص ماله رجع به على المستعير قطعاً . وكان من حق التحرير وضع هذه المادة ومادة « ٧٣٥ » و« ٧٣٦ » و« ٧٣٧ » في الفصل المتقدم المعقود لاحكام « الرهن المستعار » واقحامها في هذا الفصل مع عدم الربط والمناسبة خلل ظاهر وكيف كان فهذا الاثر ايضاً من الاوضاع التي خالفت الاصول والقواعد التي اشرنا اليها سابقاً ، وهذه القضية وذيولها هي والتبرع بوفاء دين الغير شعبتان من شجن واحد ومن التأمل في تخريج وجه يستخرج وجه تطبيقهما جميعاً على القواعد ، فاستخرجها بفكرك الثاقب ، ونظرك الدقيق والله التوفيق .

« مادة : ٧٣٣ » لا يبطل الرهن بوفاة الراهن والمرتهن .

بل ينتقل حق الرهن وحبس العين الى ورثة المرتهن . كما ينتقل الدين من ذمة الراهن الى تركته فيجب على الوصي والورثة اما فكها باداء الدين من تركته او دفع التركة الى المرتهن الدائن وان كان الوارث صغيراً فوليه وان كان غايبا كبيراً فالحكم ان لم يمكن حضوره او توكيله، ومما ذكرنا يظهر الخلل في مادة « ٧٣٤ » اذا توفى الراهن فان كان وارثه كبيراً يلزمه تأدية الدين من التركة وتخليص الرهن وان كان صغيراً او كبيراً غائباً بغيبة بعيدة فالوصي باذن المرتهن يبيع الرهن ويوفي الدين من ثمنه »» بل الوصي وقيم الصغير او الحاكم يتولون بيع الرهن باذن المرتهن ووفاء الدين منه .

ومادة « ٧٣٥ » تقدم مضمونها في طي مادة (٧٣٢) وحاصله : ان المعير لا حق له باخذ الرهن الا بعد وصول دين المرتهن اليه سواء كان

المستعير الراهن حيا اوميتا ، ولكن لايجبر على اداء الدين لان الانسان لايجبر على اداء دين غيره وانما يجبر المستعير المدبون فلو كان عاجزاً فقيراً تحرجت المسئلة كثيراً ولا مناص من الحكم بان الرهن يبقى عند المرتهن فاما ان يخلصه المالك المعير باداء الدين باختياره اويرفع المرتهن امره الى الحاكم فيبيعه لوفاء الدين بمراجعة المعير المالك .

(مادة : ٧٣٦) لوتوفى الراهن المستعير حال كونه مفلسا مديونا يبقى الرهن المستعار في يد المرتهن على حاله مرهونا ولكن لايباع بدون رضا المعير واذا اراد المعير بيع الرهن وايفاء الدين فان كان ثمنه يوفي الدين فيباع من دون نظر الى رضا المرتهن وان كان ثمنه لايوفي الدين فلايباع من دون رضا المرتهن .

قد تكرر بيان ان التصرف في العين المرهونة لايجوز الا برضا الراهن والمرتهن ويزيد هنا انه لابد ايضاً من رضا المالك المعير واذنه لان العين لاتزال في ملكه وان كان للمرتهن حق فيها ، اما لو توفى الراهن المستعير مفلسا انحصر الامر بين المعير والمرتهن فلا بد من رضاهما معا سواء كان الرهن يوفي ام لا فقول (المجلة) فيباع من دون نظر الى رضا المرتهن - غير سديد .

« مادة : ٧٣٧ » لوتوفى المعير ودينه ازيد من تركته يؤمر الراهن بتأدية دينه وتخليص الرهن المستعار « اي يأمره حاكم الشرع » وان كان عاجزاً عن تأدية الدين بسبب فقره يبقى ذلك الرهن المستعار عند المرتهن مرهونا على حاله ولكن لورثة المعير اداء الدين وتخليصه واذا

طالب غرماء المميز بيع الرهن فان كان ثمنه يوفي الدين يباع من دون نظر الى رضا المرتهن وان كان لايوفي فلايباع بدون رضاه .

في هذا الفرض تصبح العين متعلقاً لجملة حقوق حق المالك المميز الذي انتقل الى غرمائه وحق الورثة وحق المرتهن وطريق التخلص بعد عجز الراهن ان يخير الورثة بين دفع الدين وتخليص العين وبين بيعها واداء الدين من ثمنها فان زاد من الثمن شيء يدفع الى الغرماء او يتقبلوها بقيمتها ويدفعون حق المرتهن فان زاد فللغرماء ، هذا بناء على ماهو الأصح عندنا من ان اعيان التركة تنتقل الى الورثة ولكن محجور عليها بحق الغرماء فتشبه العين المرهونة .

أما مادة (٧٣٨ و ٧٣٩ و ٧٤٠) فهى مع انها تقدمت فى غاية الوضوح لاتحتاج الى اي تعليق .

وأما - مادتا ﴿ ٧٤١ و ٧٤٢ ﴾ فالمقصود منهما بيان حكم تلف العين المرهونة فهي خداج لم تستوف صور التلف كلها .

و « تحرير هذا البحث » بوجه جامع - ان تلف العين المرهونة اما ان يكون سماوياً اوبشرياً ، والتلف السماوي لا محالة يوجب بطلان الرهن لزوال موضوعه ولايلزم الراهن شيء ويبقى الدين طلقاً بلا رهن ، واما الثاني فالمتلف اما الراهن او المرتهن او اجنبي فان كان هو الراهن وجب عليه غرامة المثل اوالقيمة ليكون رهناً في مكان الرهن الذي اتلفه ، وان كان هو المرتهن فالغرامة عليه ومقتضى القاعدة ان يدفع المثل او القيمة ليكون رهناً ولكنهم حكموا هنا : انه يسقط منه بمقدار دينه

وكأنهم جعلوه من اسباب التهاتر وهو مع كونه من جنس الدين ليس بالبعيد وفي صورة الاختلاف مشكل إلا مع التراضي ، أما لو كان المتلف اجنبياً فلا اشكال في الغرامة وتكون قيمته رهناً .

(الفصل الثاني)

في

﴿ تصرف الراهن والمرتهن في الرهن ﴾

[مادة : ٧٤٣] يبطل رهن الخارج الرهن بدون اذن الراهن، والمرتهن عند غيره .

لعل في النسخة غلطاً ، وإلا فالعبارة كما ترى مشوهة الخلقة مع شديد التعقيد ، ولعل المراد ان رهن كل واحد من الراهن والمرتهن العين المرهونة عند ثالث باطل إلا برضاهما معاً - او ان رهن الأجنبي العين المرهونة باطل إلا باذنهما ، والأول أنسب بالفصل المعقود لتصرف الراهن والمرتهن لا لتصرف الاجنبي ، وكيف كان فقد مر مكرراً - ان الراهن والمرتهن ممنوعان من مطلق التصرف في العين المرهونة سواء التصرفات الناقلة كالبيع والهبة او غير الناقلة كاللباس والسكنى ، اما التصرفات الاستغلالية كالاجارة وبيع الثمرة وجمع الحليب والصوف وامثالها فلا ينبغي الأشكال في جوازه كما ربما يظهر من كلمات الفقهاء ، ولكن تعود القيمة رهنا مع الأصل ، ومن جملة التصرفات رهن العين المرهونة عند

ثالث فانه لايجوز الا باتفاقهما ، وتحرير المسئلة ان الراهن - اي المستدين ثانيا - اما ان يكون هو المالك - اي الراهن الاول - وهذا لامانع منه فانه كما لو رهن العين الواحدة ابتداء عند شخصين على دينين فيشتركان في ان لكل من المرتهنين بل الاكثر حق الاستيفاء من العين اما عرضا او مرتبين الاول فالاول ، واما ان يكون الراهن هو المرتهن على دين له وهذا ايضا لامانع منه مع الاذن ويكون من باب الرهن المستعار ويشترك المرتهن الاول والثاني فيها ، ومثله مالو كان الراهن اجنبيا باذنهما على دين له ، ثم المرتهن اما ان يكون هو المالك - اي الراهن - وهذا مما لامعنى له اصلا اذ لايعقل رهن المال عند مالكه ، واما ان يكون هو المرتهن الاول وهذا معقول ايضا ويكون كرهن العين الواحدة على دينين عند واحد ، ومثله مالو كان المرتهن اجنبيا ويكون كرهن العين الواحدة عند شخصين على دينين .

ومن جميع ذلك تعرف فساد مافي مادة (٧٤٤) اذا رهن الراهن الرهن باذن المرتهن عند غيره يصح الرهن الثاني ويبطل الرهن الاول »» بل يصحان معاً لعدم التزاحم بينهما سيما مع سعة العين لكلا الدينين ومع عدم السعة فيحتمل تقديم الاول او تقديم الثاني او التوزيع بالنسبة ، كفساد مادة « ٧٤٥ » اذا رهن المرتهن الرهن بأذن الراهن عند الغير يبطل الرهن الاول ويصح الثاني ويكون من قبيل الرهن المستعار »» بل يصحان معاً فان فك الراهن الاول الزم المرتهن الاول بفكه والاجرى عليه احكام (الرهن المستعار) المتقدمة والا فالمرتهن الاول يسد من دينه حق المرتهن

الثاني عليه فان زاد رده الى المالك وهو الراهن الاول ، ثم ان مقتضى توقف تصرف كل منهما على اجازة الآخر انه لو باع الراهن فان اجاز المرتهن نفذ وبقي الثمن رهناً وان رد فالمشتري مخير بين الصبر الى فك الرهن وبين الفسخ فعلاً الا ان يدفع الدين فينفذ ، وان باع المرتهن فاجاز الراهن كان الثمن ايضاً رهناً وان رد بطل ، وهذا خلاصة ماذكرته (المجلة) في مادة « ٧٤٦ » ومادة « ٧٤٧ » زيادة واختصارا ، وكما يصح البيع برضاهما تصح العارية ايضاً بل وغيرهما من المعاملات التعاوضية ، اما المجانية كالهبة فهي ابطال للرهن بلا ريب ، وكما يصح اعارته برضاهما للاجنبي كذلك يصح ان يعيره احدهما للآخر ، ومعنى العارية هنا اباحة الانتفاع او تمليك المنافع فان كلا منهما ممنوع منه بدون رضا الآخر كما سبق في مادة « ٧٤٨ » الكل من الراهن والمرتهن اعارة الرهن باذن صاحبه »» ولكن اعارته لا تبطل رهينته حتى يحتاج الى اعادته الى الرهينة فلا محل لقول « المجلة » ولكل منهما اعادته الى رهينته بعد ذلك ، بل لا معنى لهذا الكلام اصلا كما لا يخفى على المتأمل كما ان قولها في مادة « ٧٤٩ » للمرتهن ان يعير الرهن للراهن ، وبهذه الصورة لو توفى الراهن فالمرتهن يكون احق بالرهن من سائر غرماء الراهن ، فان هذا الكلام مستدرك اذ العارية لم تبطل الرهن ولا اختصاص لهذه الصورة بالحكم المذكور بل في جميع صور الرهن يجري الحكم المزبور ، اما الانتفاع فقد عرفت انها ايضاً محبوسة عن كل واحد منهما الا برضا الآخر فلو اباحها الراهن للمرتهن فان اباحها بثمنها حسبت من دينه والا كانت له مجاناً فقول (المجلة)

ولا يسقط من الدين شيءٌ في مقابل هؤلاء - على اطلاقه غير صحيح - كعدم صحة الاطلاق في مادة « ٧٥١ » اذا اراد المرتهن الذهاب الى بلد آخر فله ان يأخذ الرهن معه اذا كان الطريق آمناً ،،، بل والصحيح انه لا يجوز ان يأخذ الرهن معه مطلقاً الا اذا خاف عليه لو ابقاه في محله وكان نقله الى بلد آخر اومحل آخر احفظ فليتدبر .

الفصل الثالث

في

بيان احكام الرهن الذي هو في يد العدل

« مادة : ٧٥٢ » يد العدل كيد المرتهن يعني لو اشترط الراهن والمرتهن ايـداع الرهن عند من ائتمنه ورضى الامين وبقبضه يتم الرهن ويلزم ويقوم ذلك الامين مقام المرتهن .

« مادة : ٧٥٣ » لواشترط حين العقد قبض المرتهن الرهن ثم لووضعه الراهن والمرتهن بالاتفاق في يد عدل يجوز .

« مادة : ٧٥٤ » اذا كان الدين باقياً فليس للعدل ان يعطى الرهن الى الغير مالم يكن لاحد الراهن والمرتهن رضا واذا اعطاه فله صلاحيـة استرداده واذا تلف قبل الاسترداد فالعدل يضمن .

« مادة : ٧٥٥ » اذا توفى العدل يودع الرهن عند عدل غيره بتراضي الطرفين واذا لم يحصل بينهما الاتفاق فالحاكم يضعه في يد عدل.

خلاصة هذا الفصل يبتني على ماسبق بيانه من ان طبيعة عقد الرهن لاتقتضي كون بقاء الرهن عند الراهن اوالمرتهن اوعند ثالث فهو من هذه الجهة لااقتضاء فان اتفقا على بقائه عند احدهما تعين وان تشاحا وضعه الحاكم عند عدل ولا يجوز له ان يدفعه الى احدهما بدون رضا الآخر بل يدفعه اليهما والى الحاكم لو تعذر مراجعتهما او اتفاقهما ولو دفعه الى احدهما وتلف ضمن للآخر ، ولو مات العدل فان اتفقا فهو والا وضعه الحاكم عند عدل آخر هذا كل مااشتملت عليه مواد هذا الفصل مع الاختصار وحذف الفضول فانه معاني قليلة في عبارات طويلة .

﴿ الفصل الرابع ﴾

في

﴿ بيع الرهن ﴾

(مادة : ٧٥٦) ليس لكل من الراهن والمرتهن بيع الرهن بدون رضا صاحبه .

وهذا واضح معلوم .

(مادة : ٧٥٧) اذا حل وقت اداء الدين وامتنع الراهن عن ادائه

فالحاكم يأمره ببيع الرهن واداء الدين فان ابى وعاند باعه الحاكم وادى الدين .

او يتقبله المرتهن ويحتسبه من دينه ويدفع الزائد لو كان ، ومع غيبة الراهن وعدم امكان الوصول وحلول الأجل فالمرجع الحاكم في البيع والوفاء لولايته العامة كما في مادة (٧٥٨) اذا كان الراهن غايباً ولم تعلم حياته ولا مماته فالمرتهن يراجع الحاكم على ان يبيع الرهن ويستوفي الدين .

(مادة : ٧٥٩) اذا خيف فساد الرهن فللمرتهن بيعه وابقاء ثمنه رهناً في يده باذن الحاكم واذا باعه بدون اذن الحاكم يكون ضامناً كذلك لو ادرك ثمر البستان المرهون وخضرته وخيف تلفه فليس للمرتهن بيعه إلا باذن الحاكم واذا باعه بدون اذن الحاكم يضمن .

كل ذلك حفظاً للمال من الضياع ، والحاكم هو الولي العام .

(مادة : ٧٦٠) اذا حل وقت اداء الدين يصح توكيل الراهن المرتهن اوالعدل اوغيرهما ببيع الرهن وليس للراهن عزل ذلك الوكيل من تلك الوكالة ولاينعزل بوفاة احدهما ايضاً .

الوكالة عقد جائز اتفاقاً – كما سيأتي فللوكيل ان يعزل نفسه كما للموكل ان يعزله ولا دليل على لزومها هنا بالخصوص غايته انه لو عزل الوكيل يلزمه الحاكم بالبيع اوتوكيل غيره وبهذا يحصل الجمع بين الحقوق كما ان الوكالة تبطل بالموت عندنا اتفاقاً سواء موت الوكيل اوالموكل ولامعنى لبقائها بعد الموت بل يلزم الورثة مع الوصي وفاء الدين من

التركة او بيع العين المرهونة والوفاء من ثمنها وان لم يفعلوا تولى الحاكم ذلك .

« مادة : ٧٦١ » الوكيل ببيع الرهن ببيع الرهن اذا حل وقت اداء الدين ويسلم ثمنه الى المرتهن فان ابى الوكيل يجبر الراهن على بيعه .

اما الوكيل فقد عزل نفسه بامتناعه عن اداء عمل الوكالة فيتعين الزام الراهن بذلك فان ابى فالحاكم كما في « المجلة » : واذا ابى وعاند باعه الحاكم واذا كان الراهن اوورثته غائبين يجبر الوكيل على بيع الرهن فان عاند باعه الحاكم :

الى هنا انتهت مواد « المجلة » في « كتاب الرهن » ، وقد اهملت بحثين مهمين من مباحثه (احدهما) مسقطات الرهن ، و (ثانيهما) باب التنازع والخصومة ، ومن الحق ان نشير الى بعض مسائل كل من البحثين على سبيل الايجاز اتماما للفائدة .

اما ـ الأول ـ فمعلوم ان اسباب سقوط الرهن وزواله مهما تعددت وتنوعت فهي ترجع الى سببين ، وهما ـ سقوط الدين اي براءة ذمة الراهن منه او اسقاط المرتهن حقه من الرهن مع بقاء الدين ، وحيث ان اسباب سقوط الدين كثيرة لذا تكثرت اسباب سقوط الرهن .

اولها ـ : الوفاء والاداء .

ثانيها ـ : الاسقاط والابراء .

ثالثها ـ : موت الراهن والمرتهن هو الوارث .

رابعها ـ : عكسها ـ موت المرتهن والراهن هو الوارث .

خامسها - : حوالة الدين على آخر .

سادسها - : ضمان الدين وانتقاله الى ذمة اخرى

سابعها - بيع الدين لاخر .

ثامنها - : هبته لاخر، وان كانت الهبة هنا ترجع الى الاسقاط .

وربما توجد اسباب اخرى لسقوط الدين تظهر بالاستقصاء والتأمل .

اما الثاني وهو اسقاط المرتهن حقه من الرهن فهو معنى واحد ولكن يظهر بصور مختلفة من قول أوفعل او اشارة ، بل وقد يتحقق بالكتابة ايضاً فانه وان كان اشبه بالايقاع ، بل هو الايقاع حقيقة ، والايقاع كالعقد عندنا لا يتحقق بالكتابة ، ولكن حيث ان الشارع كالعرف لم يعتبروا فيه صيغة خاصة - كما اعتبروها في الطلاق والعتق وغيرهما - كفى كل مادل عليه .

البحث (الثاني) في التنازع والخصومة ويقع المهم منه في مسائل .

(١) اذا ادعى الدائن الرهن وانكره المديون فالقول قوله للاصل .

(٢) اذا ادعى المرتهن ان الرهن الثوب والكتاب مثلاً ولم يعترف الراهن الا بالثوب فالقول قوله للاصل ايضاً .

(٣) اذا ادعى المرتهن ان الرهن هو الثوب مثلا وقال الراهن بل الكتاب ، فهذا وامثاله يدخل في باب التداعي ويخرج من باب المدعي والمنكر فان كان لكل منهما بينة فهو من باب تعارض البينات والمرجع فيهما الى المرجحات ، وان لم تكن فالتساقط والتخيير والقول الفصل حكم الحاكم الذي ترفع اليه الدعوى المزبورة ، وان كانت البينة لاحدهما فقط كان

العمل عليها بلا ريب ، وان لم تكن لاحدهما بينة فالتحالف فمن حلف حكم له وان حلفا معاً تساقطا وحكم بعدم رهن شيء منهما وهو المعروف عندنا بالانفساخ القهري .

(٤) اذا ادعى المالك المديون ان العين وديعة عند دائنه وادعى الدائن انها رهن فالقول قول المالك بيمينه للاصل .

(٥) لو ادعى المالك انها اجارة وادعى الآخر انها رهن ، فالاقرب انه من باب التداعي ان كان النزاع قبل القبض او بعد قبض العدل ، اما لو كان بعد قبض مدعي الرهينة فالاقرب ان القول قوله .

(٦) اذا ادعى المرتهن رد العين المرهونة وانكر الراهن فالقول قوله للاصل .

(٧) اذا ادعى المرتهن التلف وانكر الراهن فالقول قول المرتهن بيمينه لانه الامين .

(٨) لو اعترف بالتلف وادعى عليه التفريط فالقول قول المرتهن ايضاً للاصل ايضاً ولانه امين .

(٩) لو ادعى الراهن ان المرتهن اسقط حق الرهن وانكر المرتهن فالقول قوله ايضاً .

(١٠) لو ادعي المرتهن ان العين رهن على الدينين وانكر الراهن فالقول قوله للاصل ايضاً .

(١١) لو تداعى شخصان على عين فادعى كل منهما انها رهن عنده فقط فلا يخلو اما ان تكون في يد احدهما او في يدهما معاً او في يد ثالث

وعلى كل التقادير فالمالك اما ان يصدق احدهما او ينفيهما معا اولا يصدق ولا ينفي اولا يمكن مراجعته لغيبة ونحوها ، فالقضية ذات صور متشعبة يدور محورها على امرين

الأول ـ : ان من صدقه المالك فالقول قوله بيمينه مطلقاً .

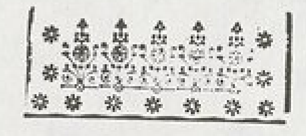
الثاني ـ : انه حيث لا تصديق من المالك اما لغيبة او لسبب آخر فالقول قول صاحب اليد ، واما ان كانت اليد لهما فهو باب التداعي فمن كانت له بينة يقدم قوله وان لم يكن بينة او تعارضت البينتان ولا مرجح فالتحالف فمن حلف قدم قوله مع نكول الآخر واذا حلفا حكم بالانفساخ القهري ورجعت العين الى مالكها ، ومثلها مالو كانت في يد ثالث فانه ايضاً من باب التداعي اما البينة واما التحالف .

[١٢] اذا ادعى ان العين رهن عنده فقط فادعى الآخر انها رهن عنده ايضاً كانت من باب المدعي والمنكر والصور المتقدمة جارية هنا ايضاً والمالك مصدق حتى على صاحب اليد لانه احق بماله ، واعرف بنفسه ، وتنقلب الخصومة بينه وبين الآخر فان كان غائباً اولا يصدق واحداً منهما فصاحب اليد مقدم بيمينه الا ان يقيم الآخر ـ وهو المدعي ـ البينة .

هذا قليل من كثير من صور النزاع والخصومة والمتتبع يجد اكثر من ذلك ، هذا في خصوص النزاع في الرهن ، اما الخصومة في الدين الذي عليه فهي ايضاً كثيرة ولكنها خارجة من هذا الكتاب ومحلها [كتاب الدين] .

ولنختم هنا ﴿ كتاب الرهن ﴾ سائلين من الحق جل
شأنه ان يفك رهان انفسنا يوم تغلق الرهون ،
وتطبق السجون ، و (لا ينفع مال ولا بنون
الا من اتى الله بقلب سليم) .

تم الجزء الثاني ويليه الجزء الثالث انشاء الله
واوله ﴿ كتاب الامانات الوديعة
والعارية ﴾



(استدراكات وملاحظات)

كنا نحسب ونأمل عند انتشار (الجزء الأول) من هذا الكتاب (تحرير المجلة) ، وبعد انجاز طبعه ، ووقوعه بايدي اهل الفضل ، ان يكثر النقد عليه ، والبحث والتنقيب في بحوثه وفوائده ، نظراً لاشتراك الفقيه فيه مع الحاكم ، والحقوقي والقانوني ، والاستاذ والتلميذ ، وانتفاع اكثر الطبقات به ، فلم نجد شيئاً من ذلك ، ولا احمل اللوم في ذلك الا على الظروف القاسية ، والحوادث الزمنية ، التي اشغلت افكار اولي الفضل والمتخصصين بمسائل الفقه والحقوق ، عن التوسع والاضطلاع بمهمتهم وما هو المتعين عليهم ، ولا ريب ان الاضطرابات العالمية ، وهذه الحروب الطاحنة ، اقل تأثيرها حدوث الفتور ، وخمود العزائم ، عن النشاط الى البحث والاستقصاء ، في المسائل النظرية ، والمباحث الجوهرية ، الا على النادر ممن لا يجد لذة الا في العلم والبحث ، والمطالعة والمراجعة ، ولا يعوقه

عن تلك الشئون عائق ، ولا يشغله عن تلك العوالم والمعالم شاغل ، ولكنهم كانوا قليلا و (قد صاروا اقل من القليل) .

ونحن - والمنة لله وحده - لم يقعد بعزيمتنا ، عن مواصلة البحث والكتابة عواصف الزمن ، ولم تخمد جمرة اشواقنا ، لنشر العلوم ، نكبات المحن ، ولا عاقنا عن النشر والطبع ازمة الورق ، وضيق مـ واد الاقتصاد ، وضعف الرغبات ، وخمود العزمات ، و كان اقصى ما سمعنا من بعض الهنات ، او وجدنا من النقد في بعض الصحف التعرض لامور تافهة لا تستحق الذكر ، اسمعنا بعض عوض في نواصي التحقيقات الابكار التي نشرها (الجزء الاول) في حقيقة البيع والملكية ، والماضي والمضارع ، والاموال والعهود والالتزامات .

نعم اسمعونا بدل التعمق في هذه الدقائق الاعتراض على قولنا ص (٧) فالامامية فتحوا باب الاجتهاد على مصراعيه - حتى صار يدعيه من لا يصح ان يطلق عليه اسم المتفقه فضلا عن الفقيه ، وليتهم علموا باننا قد كبحنا جماح القلم هنا وهناك واكتفينا بقليل من كثير ، وجرعة من غدير من ويلات هذا البلاء المبرم ، والمقام مقام الشكر في اننا اسدلنا الستار ، عن موبقات تلك الاطوار ، واخذنا بادب الفرقان المجيد « خذ العفو وامر بالعرف واعرض عن الجاهلين » وصرفنا او تصرفنا في كريمة قوله عز شأنه « ولتكن منكم امة يدعون الى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر » بقوله تعالى « انك لا تهدي من احببت ولكن الله يهدي من يشاء » .

وليس بث هذه النفثة من القصد في شيء وانما استطردها بيان دواعي

الحرمان من فوائد النقد ، واسباب انصراف الهمم والعزائم عن هذه المغانم وان احد تلك الاسباب اليوم هي الظروف القاهرة ، والمعارك الدائرة ، في امم الغرب التى اصبحت تخرب بيوتها بايديها ، وعادت مدنيتها وثقافتها وبالاً على العالم وعليها ، ولو ان طباع اهل العلم على سجيتها الاولى ونفسيات ارباب الفضيلة وعلماء الحقوق على رسلها السابق ، ونهجها القويم ، قبل هذه الاوضاع العالمية . لما اهملت مهمة النقد الصحيح ، مع غزارة فوائدها ، وعظيم منافعها ، والحقيقة - كما يقولون - نبت البحث واضرب الرأي بالرأي يبدو لك وجه الصواب ، وتمام عقلك مع اخيك . والعصمة و الكمال لله وحده .

وحقاً - ان زينة الكتاب وحليته نقده وتمحيصه ، بل هو كماله وجماله ، وتمامه ان يبدو عوزه ونقصه . ويستقصى فليه وفحصه ، سيما في مثل مؤلفنا هذا الذي كتبناه على جري القلم ، وعفو الخاطر ، من دون تجديد نظر اونتيجة مباحثة اومدارسه ، بيد انه صدر في مثل هذه الظروف المزعجة ، والصروف المحرجة ، وانواع المحن والارزاء التى تبلد الاذهان ، وتطبع الانسان بطابع الذهول والنسيان ، وبعض هذا مايكفي للغفلة والسهو ، وعروض الاخطاء والهفوات فكيف بما هو اعظم وافظم ؟ ولما نظرنا فيه بعد طبعه ونشره وجدنا فيه مايجدر التنبيه عليه فاحببنا هنا الاشارة الى بعض ذلك على سبيل الحديث المستظرف والقول المستطرف ، ونترك الباقي لاهل الفضل اذا نشطت عزائمهم ، وحفزتهم عبقريتهم .

فمن ذلك في (الجزء الاول) ص ٣٠ مادة [٣٤] ماحرم اخذه حرم

اعطاؤه وقد حملنا القاعدة هناك على اخذ المال المحرم فان التصرفات فيه تكون محرمة فيحرم اعطاؤه لانه تصرف فيه وهذا الوجه وان كان صحيحاً في ذاته ولكنه ليس هو المقصود من القاعدة قطعاً بل القصد غيره اوما هو اوسع منه نظراً ، وابعد اثرا .

والذي يليق ان نحمل عليه من المعنى المفيد فائدة جديدة - هو ان الذي يحرم اخذه كالربا مثلا اوالرشوة اوالقمار واضراب ذلك كما يحرم اخذه يحرم اعطؤه - فكما يحرم عليك ان تأخذ الرشوة يحرم عليك ان تعطيها المرتشي وكما يحرم عليك ان تأخذ الربا يحرم عليك ان تستدين اوتبيع وتعطي الربا - يحرم عليك تأخذ وزنة حنطة بوزنه ونصف فتأخذ زيادة نصف وانه كما يحرم عليك هذا يحرم ان تشتري كذلك فتعطي نصف وزنة زيادة وتكون هذه القاعدة قريبة الافق من معنى اختها التالية لها (ماحرم فعله حرم طلبه) .

يعني كما يحرم عليك فعل الربا والرشوة يحرم عليك ان تطلبه من غيرك وكما يحرم عليك شرب الخمر يحرم عليك ان تطلبه من غيرك وهكذا في كل حرام الا مااستثنى كما سبق .

ومن ذلك اهمال جملة من القواعد المهمة .

مثل قاعدة الميسور وقاعدة الحر لايضمن ولا يدخل تحت اليد ، وقاعدة (اذا اجتمع الحرام والحلال غلب الحرام - التي ربما ترجع الى قاعدة درء المفاسد اولى من جلب المنافع .

وقاعدة (الدفع اهون من الرفع) والفرض افضل من النفل ، وما

كان اكثر فعلاً ، فهو اكثر فضلاً .

الى كثير من امثالها ولكن يدفع النقد في اهمالها ان جملة منها تختص بالعبادات .

وبعضها قليل الجدوى نادر المثال .

ومن موارد النقد ايضاً ان بعض المباحث المهمة جاء البيان فيها ناقصاً مبتوراً او كان من حقة البسط والاحاطة بالموضوع من جميع اطرافه وعموم اقسامه .

(مثل قاعدة التلف قبل القبض)

في الجزء الاول صفحة (٦٩) وحق تحريره ان يقال ان زوال المبيع او الثمن بحيث يمتنع قبضه حقيقة او حكما لا يخلو اما ان يكون من جهة التلف او الاتلاف ، وعلى الاول ، فقد اتفقوا على ان تلف المبيع من البائع وتلف الثمن قبل اقباضه للبائع من المشتري ، والنبوي المشهور « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه » وان كان واردا في المبيع فقط ولكن الاصحاب اتفقوا ظاهرا على الحاق الثمن به في الحكم وربما يظهر هذا من رواية عقبة بن خالد عن ابي عبد الله الصادق سلام الله عليه في رجل اشترى من رجل متاعاً واوجبه غير انه ترك المتاع عنده ولم يقبضه فسرق المتاع من مال من يكون قال من مال صاحب المتاع حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته . فاذا اخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد اليه ماله .

فان قوله « عليه السلام » حتى يرد اليه ماله ظاهر في الثمن وانه في ضمان

المبتاع اي المشتري حتى يوصله الى البايع .

هذا في تلف الجميع اما تلف البعض ثمناً اومثمناً فان كان المبيع حسب اعتبار العقلاء ذواجزاء يتقسط عليها الثمن انفسخ في التالف بنسبته من الثمن وصح في الباقي وان كان بنظر العرف مما لا يتقسط الثمن عليها بان يكون ذلك الجزء التالف كالاوصاف التي لاتقابل بالاعواض فهوموجب لخيار المشتري بين الرد والامساك بمجموع الثمن ويحتمل تخييره بين الرد وبين الامساك بالارش ويكون كالعيب الحادث قبل العقد وليس ببعيد هذا في التلف قبل القبض اما التلف بعده في زمن الخيار فقد تقدم البحث فيه مفصلاً .

هذا كله في التلف السماوي اعني القهري [اما الاتلاف] فان كان المتلف هو المشتري فلا ينبغي الاشكال في انه كالقبض ومسقط لضمان البايع ويجب عليه دفع الثمن اليه قطعاً وهذا مع علمه واضح اما مع جهله فان كان مغروراً من البايع كما لو كان طعاماً وقدمه اليه بصورة الاكرام فاكله وظهر انه هو الذي ابتاعه منه فلا ينبغي الاشكال في انه كالتلف السماوي مضمون على البايع بلا خلاف فيه وان لم يكن مغروراً كما لو اكله جهلاً منه من دون ان يقدمه البايع اليه فالقضية مشكلة والحكم بانه من ماله وانه قبض مشكل وجعل الضمان على البايع اشكل .

ودعوى انصراف النص في القبض الى غير هذا القبض فيكون من التلف قبل القبض فضمانه على البايع — عهدتها على مدعيها وهي قابلة للمنع.

وان كان المتلف البايع فالمسئلة ذات وجوه متعارضة بل ومتكافئة

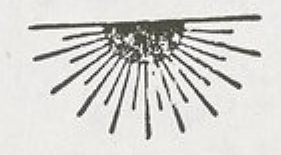
- فاما الحكم بالانفساخ ويكون الضمان على البايع تنزيلاً للاتلاف منزلة التلف وان مرجعهما الى تعذر الاقباض وهو ملاك الحكم سواء كان من حيوان او انسان بحادثة سماوية او ارضية ، واما الحكم بابقاء العقد وتضمين البايع المثل او القيمة لان الحكم بالانفساخ على خلاف القاعدة فيقتصر على مورده المتيقن وهو التلف لا الاتلاف ويكون من باب اتلاف مال الغير الموجب للضمان بالمثل او القيمة .

واما الحكم بتخيير المشتري في باب اتلاف البايع المبيع او البايع في اتلاف المشتري الثمن بين امضاء العقد فيطالب بالقيمة او فسخه فيأخذ الثمن لو اتلف المبيع او المبيع لو اتلف الثمن .

ومدرك هذا التخيير اما ان تحقق سبب الانفساخ مع سبب الضمان يقتضي التخيير بينهما بعد عدم امكان الجمع واما لان التلف اذا خرج عن قاعدة التلف قبل القبض صار المبيع متعذر التسليم فيثبت الخيار اما للمشتري في تلف المبيع او للبايع مع العكس وهو معنى التخيير بين الفسخ واسترداد ما دفع او الامضاء والمطالبة بالمثل او القيمة وهذا هو الاوفق بالقواعد ، وتجري الوجوه الثلاثة في اتلاف الاجنبي — هذا هو التحرير الوافي لهذه المسئلة على اختصاره ، وهكذا يجب ان تحرر المسائل ويكفي هذا المقدار من الملاحظة على الجزء الاول على سبيل النموذج والعنوان .

اما الجزء الثاني فقد تركنا ابداء الملاحظات فيه الى من ينشط له من اهل هذا الفن الشريف فن الفقه وعلم الحقوق .

ومنه نستمد التوفيق للجميع وان يسهل لنـا
متابعة التاليف والنشر الى خاتمة هذا الكتاب
انشاء الله ولا شك انه يحتاج الى عدة
اجزاء اخرى فعسى ان يفسح
الله عز شأنه في العمر الى اكمالها
بلطفه وعناياته انه الكريم
المنان وبـه
المستعان



صفحة	سطر	خطأ	صواب
٧	١٢	التسليم	تسليم
..	١٣	تسليم	التسليم
١٣	١٠	فتخليته البايع	فتخلية البايع
..	١١	تخليه	التخليه
١٤	١٠	مفهوم	مفهوم واحد
٢٣	١١	سبعة	اربعة عشر
٦٤	١٦	واجحافا	اجحافا
٧٥	٨	للارش الموجبه	للارش اوالموجبه
٧٩	٧	ارشا اوامضاه	١٤ التصرف في المعيب
..	..		بعد العلم بالعيب
٨٠	١	لما عرفت	على تقدير ان الرضا
٩٦	١٥	خيار	خياراً
٩٨	٢٠	اونقص يكون	اونقص وما يكون
١٠٢	٨	مثلا بفسخ	حتى يفسخ
١٠٤	١١	تخلنا	مانحلنا
١٠٥	١٨	مابد	مافي بد
١٠٧	١٦	وادلة	وبادلة
١٠٨	١٥	الا	لا

صفحة	سطر	خطأ	صواب
١١٥	١٦	اعتقها	اعتقتها
١١٩	٦	يعتق	اويعتق
١٣٦	١٤	الذين هنا مشاراً	الذين هما مشار
١٤٥	١٣	فانه قد	فانه حين تملك
...	١٦	بالنسبة العين	بالنسبة الى العين
١٥٢	٢٠	المستاجر قبل	المستاجر بهما قبل
١٦٤	٢	ان الانفساخ	ان بسبب الانفساخ
١٦٦	٢	خارجة	فهي خارجة
...	٦	على المعير	على المستعير
١٦٧	٤	حقه بغير	حقه وتلفت بغير
١٧٠	٤	ونوفى فى	ونوفى اجرة
١٧١	١٨	الاجارة مطلقا	الاجارة باطلة مطلقا
١٨٠	١٩	كما يلحظ البيع	كما فى البيع
١٩٣	٥	ويدخلها	ومدخلها
١٩٩	١٤	ولكنهم يجاوزون	ولكنهم لايجاوزون
٢٠٠	٩	يمكن تصحيحة	تصحيحه
...	١٣	ويقدح	ولا يقدح
٢١٣	١٦	والكلا بحكم الجزاف بحكم	والكل بحكم وجزاف بحكم
٢٢٢	٦	هوقصور	هو قصوره
٢٣٦	٢٠	فيما كل	فى كل
٢٣٠	١١	اوصلوة وبقية	اوصلوة لايلزم المباشرة فيها الامع الشرط

صفحة	سطر	خطأ	صواب
٢٣٧	١٠	خاصة عليه	خاصة تدل عليه
٢٣٨	١٦	فانه ضمان فى الحقيقة	فانه فى الحقيقة ضمان معلق
٢٤٠	١١	ويتسم به	ويتبع به
٢٤٥	٦	والدية لا الدين	والدية الدين
٢٤٨	٨	فان لم يكن	فالم يكن
٢٤٩	١٢	حال ان عقد	حال عقد
٠٠٠	١٩	اليسار الاعسار	اليسار والاعسار
٢٦٧	٤	الوارثة	الورثة
٢٧٦	٣	عقد الكفالة	عقد الحوالة
٢٧١	١٢	الحوالة اعتبرت	الحوالة واعتبرت
٢٨٢	٨	كما دل	كلما دل
٢٨٥	٤	كفيل ويثبت :	كفيل بريئين من الدين والكفالة
٢٨٨	٧	العقد فلا	العقد لافي القصد
٣٠٠	٦	التاجيل	التامل
٠٠٠	٨	والمشاع والكلي	
٣٠١	٧	سوق	سوف

وغير بعيد ان يجد من يطالعه بامعان اكثر من هذه الاخطاء ولكن عساها لاتخفى على اولي الفضل والمتضلعين من هذه العلوم فليصلحوها اصلحهم الله ، ولينشروا اصلاحهم ونقودهم حسب استطاعتهم تعميماً للفائدة وخدمة للحقيقة ، والعالم كله في العالم كله وللعالم كله

وحسبي الله لا اله الاهو عليه توكلت واليه انيب